أحكام الأسرة
في
الشريعة الإسلامية

الأستاذ الدكتور
محمد أحمد سراج
أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

دكتور
محمد كمال إمام
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

١٩٩٩

دار المطبوعات الجامعية
أمام كلية الحقوق ت ٤٨٢٢٨٢٩٠ - اسكندرية

Dhs درهم
معرض الشارقة الدولي للكتاب
SHARJAH WORLD BOOK FA

٥٤ م
٣ م س
مركز المرأة للدراسات والاستشارات
ت : ٢٤٤٦٠٢٢
ت.ف : ٢٤٤٦٠٣٣
ترخيص رقم

احكام الأسرة في الشريعة الاسلامية

الأستاذ الدكتور
محمد احمد سراج
أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

دكتور
محمد كمال إمام
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

دار المطبوعات الجامعية
أمام كلية الحقوق ت : ٤٨٢٢٨٢٩

الزواج

الأستاذ الدكتور

محمد أحمد سراج

تنويه

نقدم هذا الكتاب باعتباره جزءاً من عمل شامل، يتناول بالشرح والتحليل أحكام الأحوال الشخصية المطبقة في مصر من وجهات الفقه الإسلامي، والقوانين التي تتابع صدورها في هذا القرن، وأحكام المحاكم. والهدف الذي نسعى إليه هو العمل على تأكيد جوانب منهج دراسة الأحوال الشخصية، وضرورة الجمع بين هذه الجوانب في الدراسةح ،نعملية لهذا الموضوع. لقد استنبط الفقهاء من النصوص الشرعية كثيراً من الأحكام الفقهية التي لا تزال موضع التطبيق في البلاد الإسلامية بعامة، وفي مصر بخاصة، في مجال الأحوال الشخصية.

وتتابعت قوانين كثيرة في هذا المجال في القرن الأخير، وإن لم نشهد صدور قانون شامل لجميع موضوعات الأحوال الشخصيةح وأحكامها حتى الآن، كما صدرت أحكام قضائية على مستوى رفيع في تفسير أحكام الفقهاد ونصوص القوانين على نحو يجمع بين الاستناد إلى منابع الشريعة وأصولها، وبين الملاءمة والاستجابة للمصالح الاجتماعية. ويقضي تنوع مواد الدراسة على هذا النحو بوجوب صياغة منه يتسع لهذا التنوع.

وهذا هو ما وضعناه نصب أعيننا في هذه الدراسة التي نقدم جزءها الأول الآ في موضوع الزواج وأحكامه في الفقه والقضاء. وقد كتب هذا الجزء الدكتور محمد أحمد سراج، وسوف يصدر قريباً بإذن الله موضوع «الطلاق وأحكامه وآثاره في الفقه والقضاء» من هذه السلسلة، ويتحمل عبء كتابته الأستاذ الدكتور محمد كمال الدين إمام.

ونرجوا أن يوفقنا الله سبحانه وتعالى إلى إصدار شروح لسائر موضوعات الأحوال الشخصية من مواريث ووصايا ونفقات وإجراءات خاصة، وأن هناك لجنة مشكلة تقوم الآن بمراجعة لائحة ترتيب الأحكام الشرعية للنظر في تعديلها وتعديل ما قد يتعارض من أحكام قانون المرافعات مع النصوص الجديدة المقترحة.

نرجو العون من الله على إنجاز هذا المشروع الطموح بهذا المنهج الذي يتفق عليه كلانا، والذي يجمع بين النظر في النصوص الشرعية وتفسيرات الفقهاء لها وأحكام هؤلاء القضاة الذين ينهلون من منبع الشريعة العذب، ويبذلون قصارى جهدهم في الاستجابة لمصالح المتقاضين وتحقيقها.

والله ولي التوفيق.

تمهيد

الموضوع والمصادر

درجت البلاد الإسلامية على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بقواعدها المتضمنة في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، وبالتفسيرات الفقهية المتنوعة لهذه القواعد، على نحو حقق الاستقرار للأسرة المسلمة، وأتاح للمجتمع القيام بوظائفه المختلفة.

وفي إطار النظام التشريعي، تُرك لغير المسلمين - أقلية كانوا أو أغلبية - أن ينظموا أمورهم الشخصية وفق معتقداتهم الخاصة فيما تختلف فيه دياناتهم مع أحكام الشريعة الإسلامية امتثالاً للقاعدة التي أرساها حديث النبي ﷺ «اتركوهم وما يدينون»، ومعنى الحديث أن لا حق لممثلي الدولة الإسلامية في فرض أحكام الشريعة على غير المسلمين فيما تختلف فيه دياناتهم عن أحكام الشريعة الإسلامية. أما في الأمور الغير الشخصية فقد كانت القاعدة الأخرى التي أرساها حديث النبي ﷺ أيضاً هي: «لهم ما لنا وعليهم ما علينا»، ومعناها أن الحقوق والواجبات والأحام التشريعية لاتختلف في حق المسلمين وغيرهم إلا في أحكام الأحوال الشخصية التي تنفرد بها ديانات غير المسلمين.

وتفريعاً على هذا فقد صدرت بعض قوانين الأحوال الشخصية التي لها صفة العموم في التطبيق على جميع المصريين، وهي قوانين الميراث، والوصية، والوقف، ويخاطب بها المسلم وغير المسلم، ويخضعان جميعاً لأحكامها. لكن هناك عدداً من القوانين الأخرى التي صدرت في موضوعات تتعلق بالزواج والطلاق والنفقة والحضانة، مما لايتصف بالعموم في التطبيق، ويخضع المسلمون وحدهم لأحكام هذه القوانين، على حين يرجع غير المسلم في هذه الموضوعات ذاتها إلى قوانينهم المِلِّية؛ وما يزال هذا التفريق هو القاعدة التي أرساها حديث النبي ﷺ: «اتركوهم وما يدينون».

هذه القاعدة الأصولية هي الأساس في احترام حق غير المسلمين في الالتجاء إلى شرائعهم الملية، وقد حاول البعض إسناد تأسيس هذه القاعدة في الدولة العثمانية على أنه لون من المعاملة بالمثل، لأن المسلمين كانوا يتمتّعون في عاصمة الرومان بحقوقهم في تطبيق شريعتهم في المسائل الشخصية، وكان لهم في القسطنطينية قاضٍ مسلم يحكم بينهم بحكم الإسلام. وتشير دائرة المعارف الفرنسية في الجزء التاسع إلى أن الآثار الدالة على ذلك ترجع إلى ستين سنة قبل الفتح العثماني، ولأجل هذا وجب على المسلمين والعثمانيين أن يعطوا للمسيحيين نفس هذا الحق كلما افتتحوا بلداً مسيحية [١].

وهذه المحاولة تتجاهل الأساسي الشرعي الذي جاءت به النصوص الإسلامية في القرآن والسنة، والتي قامت عليها الأنساق الفقهية في

---

(١) مرقص فهمي، البحث في الدعوى من جهة الحق المتنازع عليه.

المذاهب المختلفة، وهي تستهدف ما يلي :

١ـ ترتيب الولاية القضائية على المجالس الملية ، بينما هي ولاية تحكيم أصلاً.

٢ـ اعتبار ولاية المجالس الملية قاعدة عامة، وليس استثناء من قاعدة كلية.

٣ـ القول بأن الشريعة الإسلامية لا تطبق على غير المسلم إلا إذا اتفق الطرفان على :

أ – الاختصاص برفع الأمر للقاضي المسلم.

ب – التراضي الصريح على تطبيق الشريعة الإسلامية.

ومن أسف أن تستخدم سماحة الإسلام من أجل تضييق اختصاصه التشريعي، أو العمل على إقصائه عن مكانه الحاكم في حياة المجتمع، مع أن الشريعة الإسلامية كانت هي المرجع للفصل في القضايا المدنية والتجارية والجنائية والأحوال الشخصية بالنسبة لجميع المواطنين، إلا في بعض القضايا التي تختلف فيها ديانة غير المسلم عن الشريعة فتطبق عليه أحكام ديانته.

***

ومصطلح «الأحوال الشخصية» مصطلح وافد لا وجود له في الفقه الإسلامي، وإنما ابتدعه الفقه الإيطالي في القرنين الثاني عشر والثالث عشر، وكان يطلق على الأحكام المتعلقة بأهلية الأشخاص وجنسياتهم، وذلك في مقابل الأحوال المالية أو الأحكام المتعلقة بالأموال.

وقد كان تحديد مدلول مصطلح الأحوال الشخصية ذا أهمية خاصة في تعيين المحكمة ذات الاختصاص في النزاع المطروح، نظراً لتعدد أنواع

المحاكم (ملية ـ شرعية ـ أهلية) قبل إلغاء المحاكم الملية والشرعية بصدور قانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، ولذا تدخلت محكمة النقض في حكم شهير لها بتاريخ ٢١ من يونيو ١٩٣٤ لتحديد مدلول هذا المصطلح• وجاء في هذا الحكم أن المقصود بالأحوال الشخصية مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية، ككون الإنسان ذكراً أو أنثى وكونه زوجاً أو أرمل أو مطلقاً، أو كونه ابناً شرعياً، وكونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سنه أو جنونه، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية• أما ما عدا ذلك من الأمور المالية فهي بحسب الأصل من الأحوال العينية • غير أن المشرع المصري وجد أن الوقف والهبة والوصية، وكلها من عقود التبرعات تقوم غالباً على فكرة التصدق المندوب إليه ديانة، فأخرج هذه المسألة من اختصاص المحاكم المدنية وأدخلها في اختصاص المحاكم الشرعية [1]•

ولم ينته النزاع بشأن مفهوم هذا المصطلح بعد صدور هذا الحكم، ولذا تدخل المقنن لتحديد هذا المفهوم، فصدر قانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ بشأن نظام القضاء، متضمناً النص في مادته رقم ١٢ على أنه يعد من قبيل الأحوال الشخصية الأمور التالية :

١ ـ المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم•

٢ ـ المسائل التي تتعلق بنظام الأسرة كالخطبة والزواج والحقوق الزوجية المتبادلة بين الزوجين، وكذلك الطلاق والتفريق•

(١) دراسات في أحكام الأسرة للدكتور محمد بلتاجي، ص ٥٨، الطبعة الأولى، ١٩٧٣.

٣ ـ المسائل المتعلقبة بالبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها، والعلاقة بي
الأصول والفروع•

٤ ـ الالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار•

٥ ـ تصحيح النسب والتبني •

٦ ـ الولاية والوصاية والحجر والغيبة •

٧ ـ المسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا •

٨ ـ أما الهبة فتعتبر ـ كما جاء في المادة الرابعة عشرة من القانون المذكور ـ م
الأحوال المالية بالنسبة للمصريين، ومن الأحوال الشخصية بالنسبة لغ
المصريين إذا كان قانونهم يعتبرها كذلك •

وقد كان لتحديد مسائل الأحوال الشخصية أهمية كبرى قبل توح
"قضاء بقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥م، وذلك في تعيين المحكمة المختصة بالنظ
في الدعوى وأحكام الإثبات والإجراءات، والقانون الواجب التطبيق• أ
بعد صدور القانون المذكور وتوحيد القضاء بإلغاء المحاكم الشرع
والمجالس الملية فقد أصبح دور هذا التحديد قاصراً على تعيين الدائر
المختصة بنظر القضية، والإلزام ببعض الأحكام الإجرائية ووسائل الإثبا
التي لم يغيرها قانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥م من لائحة ترتيب المحاكم الشرع
والإجراءات المتعلقة بها• ذلك أن هذا القانون قد حكم بإلغاء المحاك
الشرعية والمحاكم الملية ابتداء من أول يناير ١٩٥٦م، وحول اختصاصات
إلى دوائر جزئية، وابتدائية، واستئنافية، تشكل بالمحاكم الوطنية «النظ
قضايا الأحوال الشخصية والوقف التي كانت من اختصاص المحاك

الشرعية أو المجالس الملية، وتصدر الأحكام من محكمة النقض في القضايا المذكورة من دائرة الأحوال الشخصية، ويلحق رئيس المحكمة الشرعية عضواً بها»[1].

وبالنسبة للقواعد الإجرائية المتبعة، فقد جرى نص المادة الخامسة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بأن «تتبع أحكام قانون المرافعات في الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التي كانت من اختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس الملية عدا الأحوال التي وردت بشأنها قواعد خاصة في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين الأخرى المكملة لها».

وتحدد المادة السادسة من هذا القانون القواعد الإسنادية الموضوعية وأنها في إطار النظام العام لشريعة المتقاضين «بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدي الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون». أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف للمصريين المسلمين، فإنما يحتكم فيها إلى ما توجبه المادة (٢٨٠) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية. ونص هذه المادة: «تصدر الأحكام طبقاً للمدون في هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة ما عدا الأحوال التي ينص فيها قانون للمحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد».

والحاصل أن لتحديد مصطلح الأحوال الشخصية ومفهومه أهمية علمية كبيرة فيما يتعلق بتعيين الدائرة المختصة بالدعوى، وتحديد القواعد

---

(١) المادة الرابع من قانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

الإجرائية والموضوعية التي تلتزم بها الدائرة في الحكم بين المتنازعين •

وقد حددت المادة الخامسة من قانون ٤٦٢ المذكور القواعد الإجرائية الخاصة بموضوعات الأحوال الشخصية، وأوجبت الرجوع إلى كل من أحكام قانون المرافعات ولائحة ترتيب المحاكم الشرعية والقوانين المكملة لها •

أما القواعد الموضوعية التي يلزم الحكم بها في موضوعات الأحوال الشخصية فتتألف من طائفتين :

الأولى : بالنسبة لغير المسلمين المتحدي الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور قانون رقم ٤٦٢ فإنه يرجع فيها إلى أحكام شريعتهم الخاصة• ومع ذلك فإن قواعد الميراث والوصية والوقف قواعد لها صفة العموم في التطبيق على المصريين جميعهم، مسلمين أو غير مسلمين، على الرغم من استمداد أحكام هذه المواضيع من الشريعة الإسلامية [1]، وذلك لأنها لا تتناقض مع القواعد الدينية لغير المسلمين •

والثانية : بالنسبة للمسلمين فإنه يرجع بصفة عامة إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة وما جاءت به النصوص القانونية المتابعة الصدور في موضوعات الأحوال الشخصية، وتطبق هذه القواعد ذاتها على المنازعات التي تحدث بين غير المسلمين المختلفي الطائفة أو الملة وفق ما نصت عليه

(١) نصت المادة ٨٧٥ من القانون المدني المصري في فقرتها الأولى على أن : «تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية» وجاء في المادة ٩١٥ من هذا القانون أنه : «تسري على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها»•

المادة السابعة من قانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ووفق أحكام محكمة النقض(١).

ويلزم لتوضيح مصادر القواعد الموضوعية التي تلتزم بها المحاكم الوطنية في قضايا الأحوال الشخصية الإشارة إلى أمرين، ولو على نحو موجز.

أولهما : العمل بأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة.

الثاني : طبيعة القوانين الصادرة في الأحوال الشخصية وظروف صدورها.

وأوضح ذلك فيما يلي :

●●●

أما بالنسبة للعمل بأرجح الأقوال في المذهب الحنفي ، فلا يفهم إلا بالإشارة إلى تاريخ العمل بهذا المذهب في مصر، ويرجع العمل بمذهب أبي

---

(١) من ذلك حكم محكمة النقض الصادر في ١٩٧٦/٢٢/١١ في الطعن رقم ١٤ أحوال شخصية الذي تقدمت به سيدة مسيحية أرثوذكسية بطلب إلغاء حكم محكمة الاستئناف الصادر في ١٩٧٤/٢/١٨، والذي يقضي بتطليق زوجها لها بإرادته المنفردة. طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، بناء على أن الزوج كان قد انضم إلى طائفة الروم الأرثوذكس بينما بقيت هي على انتمائها لطائفة الأقباط الأرثوذكس، وطلقها عندئذ في ١٩٧٢/٢/٨. وقد أسست الزوجة طعنها أمام محكمة النقض على أن الزوج كان قصد من تغيير طائفته الاحتيال لإيقاع الطلاق.

وقد رفضت محكمة النقض طعن الطاعنة، وأيدت إثبات الطلاق بناءعلى أن الزوج حينما أوقع الطلاق على زوجته في ١٩٧٢/٢/٨ كان منتمياً لطائفة الروم الأرثوذكس على حين كانت تنتمي هي إلى طائفة الأقباط الأرثوذكس، فيكونان مختلفي الطائفة عند التصرف بإيقاع الطلاق، مما يستتبع تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية التي تجيز الطلاق بالإرادة المنفردة وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بإثبات الطلاق فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون أو شابه قصور في التسبيب، ولما تقدم يتعين رفض الطعن».

حنيفة في مصر إلى أواخر القرن الثاني الهجري، حيث كانت مصر من بلاد الخلافة العباسية التي تبنت هذا المذهب، وأسندت منصب قاضي القضاة إلى أحد قادة هذا المذهب، وهو أبو يوسف، الذي عمل على تعيين القضاة التابعين لمذهب شيخه أبي حنيفة في البلاد الإسلامية المختلفة، وكان أول قاض حنفي في مصر هو إسماعيل بن اليسع الذي أبطل الأوقاف اتباعاً لمذهب إمامه أبي حنيفة، ففزع الناس لذلك وكتبوا إلى المهدي يشكون القاضي في هذا الجانب ويعترفون بنزاهته، فعزله المهدي.

وقد حظيت المذاهب الأخرى بقدر غير قليل من الاعتراف في مصر، وفي أحيان كثيرة كان يجري تعيين قضاة شافعيين ومالكيين إلى جانب القضاة الأحناف، لكن المذهب الحنفي كتبت له الغلبة بفضل تبني الخلافة العثمانية له واتباع سياسة ترمي إلى إلزام القضاة باتباع الرأي الراجح فيه. وآل الأمر إلى إصدار «فرمان شاهاني» أو مرسوم سلطاني في أوائل عهد محمد علي يوجب تخصيص القضاء والإفتاء بمذهب أبي حنيفة، كما صدر في آخر عهده مرسوم آخر يؤكد العمل بما جاء في المرسوم السابق.

واستمر العمل بهذا المذهب في مجال الأحوال الشخصية بعد الاحتلال البريطاني وإصدار القوانين المدنية والتجارية والجنائية المستمدة من القوانين الغربية في عام ١٩٨٣، وأدى هذا الازدواج القانوني في تطبيق قوانين غربية الأصل في هذه المجالات وفي تطبيق الرأي الراجح في المذهب الحنفي في الأحوال الشخصية إلى حدوث مراجعة شاملة واتهام للنفس وتبرير للأوضاع القائمة وضيق بها ورمي التفكير الفقهي بالجمود والتعصب للفقهاء، والتعصب ضدهم، وتضخيم عيوبهم في الفقه الافتراضي،

والإجابة عن مسائل لايمكن حدوثها أو بطريقة تتناقض مع ما كشف عنه العلم في العصر الحديث• وفي الوقت نفسه كان هناك تخوف شديد من احتمال تدخل بريطانيا لإجراء التغيير في مجال الأحوال الشخصية بعد نجاحها في تحقيق التغيير القانوني في المجالات الأخرى•

وفي هذه الظروف برزت الدعوة إلى إصلاح العمل في مجال الأحوال الشخصية، حتى لاتتخذ بريطانيا من بعض العيوب التطبيقية ذريعة إلى التدخل لتغيير القضاء الشرعي في هذا المجال، وتبنت الحكومة المصرية هذا المطلب العام فعهدت إلى الإمام محمد عبده بالنظر في أحوال المحاكم الشرعية وتقديم خطة لإصلاح أحوال التقاضي فيها بعد أن تزايد الحديث عن عيوب هذه المحاكم والمطالبة بإلغائها• وقدم محمد عبده تقريره بعد أن طاف بالمحاكم الشرعية أواخر القرن الماضي، ومن أهم ما جاء في هذا التقرير أمران :

• الأول : المطالبة بعدم الاقتصار في التطبيق القضائي على المذهب الحنفي ، والتخير من المذاهب الفقهية الأخرى ما يكون ملائماً للمصلحة ومتفقاً مع القواعد والأصول •

• والآخر : تدوين قانون في أحكام المعاملات الشرعية على وفق المجلة العدلية يتيسر رجوع القضاء إلى نصوصه لوضوحها وحسن ترتيبها• وقد عالج التقرير بهذين المطلبين مشكلتين ضج الناس بالشكوى منهما• أولاهما: صعوبة تعيين الرأي الراجح في المذهب الحنفي على القضاة وتعذر معرفته على المتقاضين، مما يخلق جواً من التشكك والريبة، والأخرى: أن العمل بمذهب أبي حنيفة في عدد من المسائل كان يبدو

مخالفاً لروح العصر ولا يحقق المصالح الاجتماعية ٠

ولم يؤخذ بهذا التقرير في حينه، وانزعج كثيرون من فكرة التخير من المذاهب الأخرى، لأنه يضعف ارتباط مصر بالدولة العثمانية ، وللتخوف من احتمال تدخل بريطانيا للتحول عن الالتزام بأحكام الشريعة في مجال الأحوال الشخصية٠

ويبدو أن هذا التخوف كان قوياً ، ولذا اتجه التفكير الإصلاحي إلى التغيير الجزئي بتقنين (١) بعض مسائل الأحوال الشخصية أو موضوعاتها

---

(١) يلاحظ أن حركة التقنين في الدولة العثمانية بدأت منذ فتح العثمانيين القسطنطينية سنة ١٤٥٣، وكانت أغلب هذه القوانين ذات صفة إدارية وجنائية. وفي القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين تم تقنين مبادئ الشريعة الإسلامية في ثلاثة قوانين رئيسية هي قانون الأراضي سنة ١٨٥٨ ، ومجلة الأحكام العدلية ما بين عامي ١٨٦٩ - ١٨٧٦ ، وقانون العائلة العثماني سنة ١٩١٧٠ ولم يكن صدور هذه التشريعات أمراً ميسراً، بل واجهتها صعوبات كثيرة ، فنية وعامة٠ أما الصعوبات الفنية فمرجعها إلى حداثة التقنين بمفهومه الحديث بالنسبة للفقه الإسلامي. ولعل مجلة الأحكام العدلية، وهي عمل جدير بالتقدير ـ خير مثال يبرز عيوب الشكل والصياغة مما لايتفق مع الأسلوب التشريعي الرصين، فبعض المواد تأتي في أسلوب تعليمي فقهي وبينه وبين لغة التشريع بون شاسع، خذ مثلاً نص المادة ١٦٩ وهو «الإيجاب والقبول يكونان غالباً بصيغة الماضي، كبعت أو اشتريت، وأي لفظ من هذين ذكر أولاً فهو إيجاب والثاني قبول، فلو قال البائع بعت منك هذا المتاع بمائة قرش، ثم قال المشتري، اشتريت ، أو قال المشتري أولاً ، اشتريت، ثم قال البائع ، بعت، انعقد البيع، ويكون لفظ بعت في الأول إيجاباً، واشتريت قبولاً، وفي الثانية بالعكس. وينعقد البيع بكل لفظ ينبئ عن إنشاء التمليك كقول البائع أعطيت أو ملكت، وقول المشتري أخذت أو تملكت أو رضيت أثمان ذلك . ويعلق العلامة عبد الرزاق السنهوري على النص قائلا، ألا نرى نص هره المادة أقرب إلى أن يكون قول فقيه يقرر قاعدة فقهية، ويورد الأمثلة التي توضحها حتى تستقر في الذهن من أن يكون قول مشرع يأتي المعنى من أقرب سبيل وأخصره، ومهمة المشرع أن يضع قواعد عملية لا أن يبسط نظريات فقهية، وقد حاول قدري باشا في كتبه المعروفة أن يتجاوز هذه العيوب فجاءت مدوناته على «درجة عالية من حسن الصياغة ودقة الأسلوب».

أما الصعوبات العامة فمرجعها رفض عدد من الفقهاء هذا الخروج على آراء المذهب الحنفي، ثم على آراء المذاهب الأربعة٠ وحاولت مجموعة منهم مكونة من الشيوخ ، محمود الديناري، ومحمد العناني، وحسين البيومي، كتابة مذكرة للرد على مشروع القانون الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية قبل صدوره في عام ١٩٢٠،

والإلزام بها في التطبيق القضائي. وكان من الطبيعي أن تبدأ هذه الجهود الجزئية بتقنين أحكام بعض المسائل التي استشعرت الحاجة الماسة إلى الخروج فيها على أحكام المذهب الحنفي إلى غيره من المذاهب الأخرى.

وفي هذا الاتجاه الهادف إلى التغيير صدرت القوانين التالية :

١ـ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، ويختص بأحكام النفقة والمفقود والتفريق بالعيب بين الزوجين، وقد خرجت أحكام هذا القانون عن دائرة الرأي الراجح في المذهب الحنفي إلى الأخذ بأحكام المذهبين الشافعي والمالكي.

٢ـ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والوارد في موضوعات تتعلق بصيغ الطلاق ونفي طلاق السكران والمكره والتفريق بين الزوجين للشقاق وسوء العشرة ولغيبة الزوج أو لحبسه وما يشترط في سماع دعوى النسب والنفقة والعدة والمهر وسن الحضانة والمفقود.

٣ـ المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها، وبلغت موادها إحدى وثمانين وثلاثمائة مادة مقسمة إلى ستة كتب، تناولت ترتيب المحاكم الشرعية وتشكيلها، وتحديد دوائر اختصاصها ، والدعوى والأدلة والأحكام وتنفيذها، وتحقيق الوفاة والوراثة والإشهادات والتسجيل.

– وعكست المذكرة تشدد آراء هؤلاء وتخوفهم من فتح باب الاجتهاد أمام دعاة التقنين مما قد يؤدي إلى الخروج على النصوص الإسلامية. وقد رد الشيخ أحمد إبراهيم وهو من واضعي مشروع القانون ـ رداً تفصيلياً على مذكرة اللجنة. ومع ذلك فقد ظلت المعارك الفقهية على أشدها مع أو ضد قانون الأحوال الشخصية، ودخل الساحة شيوخ كبار كالشيخ أبي زهرة وخلاف ويوسف موسى وغيرهم، ولا زالت هذه المجادلات تكشف قيام الصعوبات المنهجية في صياغة تقنين الأحوالالشخصية وغيرها من القوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية.

٤- قانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ الخاص بالمواريث •

٥- قانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالوصية •

٦- قانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ الخاص بأحكام الوقف •

٧- قانون رقم ٤٦١ لسنة ١٩٥٥ بتعديل بعض أحكام قانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ بإسناد ولاية الفصل في موضوعات الأحوال الشخصية إلى المحاكم الأهلية •

٨- قانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية •

٩- قانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ بتحديد أحوال التدخل الجوازي والوجوبي للنيابة العامة في قضايا الأحوال الشخصية •

١٠- قانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن تعديل أحكام بعض النفقات •

١١- قانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية •

١٢- قانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ في موضوعات القانون السابق ذاتها مع تعديل في الصياغة (١)•

---

(١) من الجدير بالذكر أن هذا القانون قد صدر ونشر بالجريدة الرسمية بالعدد ٢٧ تابع في ١٩٨٥/٧/٤ في المسائل ذاتها التي احتواها قانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩، مع تعديل في الصياغة أحياناً دون تغيير أحكامه فيما عدا المادة ١٨ مكرراً الخاصة بمسكن الحضانة حيث رخصت باستبدال أجرة مسكن الحضانة بمسكن الزوجية إذا قبلت الحاضنة ذلك. وإنما حل هذا القانون محل قانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩، بعد أن قضت المحكمة الدستورية العليا في الطعن رقم ٢/٢٨ دستورية بتاريخ ١٤ من شعبان ١٤٠٥هـ الموافق ١٩٨٥/٥/٤ بعدم دستورية قانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩•

ويكشف تعاقب هذه القوانين عن الأمور التالية :

١ـ كثرة تدخل المشرع المصري للخروج عن مذهب الإمام أبي حنيفة إلى غيره من المذاهب المعروفة أو للأخذ ببعض الآراد الشاذة المدونة في بطون الكتب الفقهية أو للأخذ بنوع من التلفيق بين أحكامها أو بنوع من الاجتهاد قصداً إلى تحقيق مطالب الإصلاح أو مجرد التجديد والتغيير •

٢ـ تعقيد الرجوع إلى هذه القوانين المتعددة مع الرد إلى الرأي الراجح في المذهب الحنفي في تلك الأمور التي لم تعرض لها هذه القوانين يستهلك وقت القضاء وجهد المتقاضين ويؤدي في النهاية إلى ارتفاع الأصوات بالشكوى من بطء العدالة وعدم وصول الحق لأصحابه •

وفي اعتقادنا أنه قد آن الآوان للنظر في المشكلات الواقعية التي يعاني منها المتقاضون في مجال الأسرة التي يسعد المجتمع بسعادتها، ويشقى بشقائها، وذلك لاستخلاص منهج يتفق عليه لحل هذه المشكلات علي المستوى العملي والتشريعي• ولا بديل عن التطلع إلى صياغة قانون خاص بالأحوال الشخصية من الناحيتين الموضوعية والإجرائية، يجمع هذه القوانين الجزئية إلى جانب ما يترجح من الآراء الفقهية في المذاهب المعتمدة، ويتفق مع الفلسفة التشريعية الإسلامية بإجراء هذا الترجيح وفق قوة الدليل وإعمال المصالح الاجتماعية، ويجدر البدء في هذا الأمر وألا ننتظر ضغط الأحداث وارتفاع الأصوات بالشكوى للاستجابة لها استجابة متسرعة قد لا تتفق مع المصلحة ولا مع قواعد الشريعة الإسلامية، مما يؤدي إلى خلق مشاكل جديدة ، وهذا هو دور مجامع البحوث وهيئاتها في مصر والعالم الإسلامي•

●●●

لقد بذلت جهود تشريعية مشتتة في البلاد الإسلامية للعمل على إيجاد حلول لبعض المشكلات الاجتماعية، ولتحسين ظروف الأسرة وأدائها لوظائفها المنوطة بها، واتخذت هذه الجهود مجالاً لها توثيق عقد الزواج والطلاق والرجعة والمنع من زواج الصغار قبل سن معينة والشروط المقترنة بعقد الزواج والتعدد في الزواج وطرق الإثبات فيه والتفريق بين الزوجين بالعيوب والتفريق بطلب الزوجة في أحوال الضرر وإثبات الطلاق والعدة والنسب والحضانة والنفقة والمواريث والوصية والوقف والولاية على النفس والمال وما إلى ذلك من أمور بالغة الخطورة على الأفراد والمجتمع. وقد تعددت الحلول وتنوعت الاجتهادات وتباينت المناهج في الموضوع الواحد. من ذلك اتجاه الباكستان فيما يتعلق بإيجاب توثيق الزواج إلى الإلزام به بسن قاعدة موضوعية تقضي بالغرامة والسجن على المخالف على حين اتجهت مصر إلى فرض قاعدة إجرائية تتعلق بالمنع من سماع الدعوى في القضايا التي تثور بين الزوجين إلا أذا وجدت الوثيقة الرسمية التي يوجبها القانون.

ومن المؤكد أننا نستطيع الإفادة من هذه الاجتهادات جميعها بعد أن مضى وقت غير قصير على تجربتها في الواقع العملي، مما يعين على اختبارها ومعرفة آثارها العملية والموازنة بينها في النهاية . لقد صدر عن عدد من المستشرقين أبحاث تتعلق بالموازنة بين الحلول التشريعية المطبقة في البلاد الإسلامية والحكم عليها، من أمثال كولوسون وأندرسون، ويجب العمل على الإفادة من هذا المنهج وقيام الباحثين المسلمين بإجراد مثل هذه الأبحاث للتعبير عن وجهة نظرهم في الموازنة بين هذه الحلول وتلك المناهج.

ولا أهدف في مثل هذه الدراسة المتجهة للطالب المبتدئ إلى إجراء مثل هذه المقارنة على نحو تفصيلي، يفيد في تحديد المشكلات والحلول، كما أنني لا أريد التدليل في هذا المجال على أهمية إرساء علم جديد لقانون الأحوال الشخصية المقارن بين البلاد الإسلامية بالنظر إلى الظروف الخاصة التي مرت بها هذه البلاد عند إصدار قوانين الأحوال الشخصية، وإلى درجة تأثر كل مجموعة من هذه البلاد بما كان يحدث في تركيا أو في مصر، فلهذا كله مجال آخر . ومع ذلك فسأعرض بالإشارة إلى ما أخذت به بعض البلاد الإسلامية الأخرى من تشريعات مخالفة لمنحى مصر أو متفقة لاتجاهات تشريعات الأحوال الشخصية فيها لمجرد توضيح المبدأ .

•••

الفصل الأول

مفهوم الزواج ومقدماته

الفصل الأول

مفهوم الزواج ومقدماته

المبحث الأول

مفهوم الزواج وحكمته

أولاً ـ مفهوم الزواج

أ ـ النصوص :

(١) قال تعالى : ﴿ يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالاً كثيراً ونساءً واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام إن الله كان عليكم رقيباً﴾ «النساء : ١» .

(٢) وقال : ﴿ والله جعل لكم من أنفسكم أزواجاً وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة﴾ «النحل : ٧٢» .

(٣) وقال : ﴿أحل لكم ليلة الصيام الرفث إلى نسائكم هن لباس لكم وأنتم لباس لهن﴾ «البقرة : ٧٢» .

(٤) وقال : ﴿ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون﴾ «الروم : ٢١» .

(٥) عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي * أنه قال : «تنكح المرأة لأربع : لمالها ولحسبها وجمالها ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك» .

ب ـ معنى النصوص :

التزاوج سنة الله في خلقه لاستمرار الحياة في الكون، وهذا هو المقصود من الزواج الذي جعله الله عز وجل سبباً في وجود البنين والأحفاد . وليس هذا وحسب، فإن الزواج يحقق إلى جانب ذلك التعاون بين الزوجين عن طريق ما ينبغي عليهما في معاشرتهما من المودة والرحمة .

وتعبير القرآن الكريم أن كلاً منهما يشبه أن يكون «سكناً» للآخر، و«ملبساً» له في توفير الدفء والراحة والاستقرار الذهني والنفسي والستر والأمان . ووجوه التعاون عديدة، أبرزها ما يتصل بتربية الأولاد والحفاظ عليهم، وفيما يتصل بالتدبير الاقتصادي .

وينافي تحقيق الأهداف العالية أن يقصد الرجل أو المرأة في الزواج إلى الطمع في ثروة أو جاه . ولذا يحدد النبي * في الحديث المذكور العوامل التي يضعها الرجل أو المرأة عند الاختيار في الزواج بأنها تتعلق بالمال والحسب والجمال والدين، ليرشد إلى أن الأعون على تحقيق أهداف الزواج

إنما يكمن في اختيار ذات الدين والخلق الفاضل، لأنها هي التي يمكن الركون إليها والاعتماد عليها في تربية الصغير والقيام بالواجبات الأسرية المختلفة.

إن تحديد المفهوم العام للزواج مشكلة من المشكلات التي تواجه حياتنا الأسرية، فالبعض يختار الطرف الآخر لمركزه المالي أو العائلي، مما لا يعتبر شرطاً في القيام بالواجبات الأسرية.

جـ- الرأي الفقهي في تعريف الزواج:

تابع الفقهاء المتقدمون نصوص الشرع في تحديد مفهوم الزواج، وبنوا مباحثهم في الكشف عن حقوق الزوجين وواجباتهم على هذا التحديد. غير أن الفقهاء المتأخرين تأثروا بالصناعة المنطقية في تقديم تعريف جامع مانع للزواج، ومن ثم وجب ذكر الجنس الذي يندرج تحته الزواج، وهو أنه عقد، بالإضافة إلى ذكر الفصل الذي يمنع العقود الأخرى غير الزواج من الدخول فيه، وهو حل العشرة بين الزوجين، ولذا جرى تعريفهم للزواج بأنه :

- «عقد يفيد حل استمتاع كل من العاقدين بالآخر على الوجه المشروع»

أو أنه ...

- «عقد يرد على ملك المتعة قصداً»[1].

ويركز هذان التعريفان وما يماثلهما على المعنيين التاليين :

---

(١) انظر حاشية ابن عابدين ٢٥٨/٢، والفقه على المذاهب الأربعة ٢/٤، ومغني المحتاج ١٢٢/٣، المغني لابن قدامة ٤٤٥/٦، وكشف القناع ٣/٥.

ـ الأول : الاستمتاع الجسدي •

ـ الثاني : الملك •

ومن الغريب بمنطق الفقهاء أنفسهم أن تتضمن تعريفاتهم للزواج هذا المعنى، فالإنسان الحر فيما صرحوا به ليس محلاً للملك، ولعلهم قصدوا بالملك هنا معنى الاختصاص أو الحل مما يعد من أثر الملك •

يؤكده ترجيح بعضهم أن محل الملك المتعة •

لكن بعضهم قد اتجه إلى حمل الملك بمعنى حقيقي فيما يبدو من تحديده لمحل الملك بأنه الذات لضمان الاستمتاع أو غير ذلك •

وكل هذه تساؤلات ما كان أغنى الفقهاء عنها لو اقتصروا على موارد النصوص في تحديد مفهوم الزواج•

د ـ نقد التعريف الفقهي:

انتقد قاسم أمين ومحمد عبده التعريف الفقهي، وأخذا عليه الأمور التالية[1]•

١ـ الاكتفاء بالإشارة إلى العلاقة الجسدية، وخلو تعريفات الفقهاء عن الإشارة إلى «الواجبات الأدبية» التي هي «أعظم ما يطلبه شخصان مهذبان كل منهما من الآخر» في الزواج• وهم لا يتابعون النصوص الشرعية في هذا، لأن النصوص ركزت على لفت النظر إلى هذه

---

(١) كتاب تحرير المرأة، ص ١١٩ وما بعدها• ويرى البعض نسبة فصل الزواج في هذا الكتاب إلى الإمام محمد عبده لدقة تحليلاته الفقهية، وهو ما انتهى اليه الدكتور محمد عمارة، حيث أورد هذا الفصل ضمن كتابات الإمام• انظر الأعمال الكاملة للإمام محمد عبده ٢/٧٣، وما بعدها•

الواجبات الأدبية: السكن والاستقرار والمودة والرحمة.

٢ـ تدني مفهوم الزواج ومركز المرأة في المجتمعات الإسلامية بفضل هذه التعريفات.

٣ـ خطأ الأحكام الفقهية التفصيلية المبنية على هذا المفهوم، فإن الفقهاء بتركيزهم على الجانب الحسي قد أهملوا الجانب الأدبي، حيث لم يكن لهم أن يهملوه. من ذلك على سبيل المثال اختلافهم في محل النظر إلى المخطوبة، والاقتصار على الوجه والكفين أو الزيادة عليهما. ولو التزموا بالنصوص فيما يذكر محمد عبده وتلميذه، لعلموا أن النظر إلى المخطوبة إنما يشمل النظر إلى الجوانب الحسية والمعنوية وكل ما يعين على تحقيق النجاح في الزواج.

هـ ـ أثر النقد

وعلى الرغم من هذه المغالاة والتحامل على الفقهاد في الربط بين هذه التعريفات الفقهية للزواج، وبين عدد من الأمراض الاجتماعية، فقد دفع ذلك عدداً من الباحثين إلى تقديم تعريفات أخرى تحقق التوازن في الإشارة إلى الحقوق الجسدية والواجبات الأدبية.

ولذا يعرفه أبو زهرة بأنه: «عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات»[1].

كذلك جاء تعريفه على نحو دقيق في المادة الأولى من القانون السوري للأحوال الشخصية، حيث جاء فيها: «الزواج عقد بين رجل

(١) الأحوال الشخصية، ص ١٧.

وامرأة تحل له شرعاً غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة بينهما والنسل»٠

ويشير هذا التعريف إلى المعاني الأساسية التي يشتمل عليها عقد الزواج وهي:

١- الزواج عقد يقوم كغيره من العقود على الرضا المعبر عنه بالإيجاب والقبول٠

٢- حكم الزواج حل العشرة الزوجية التي لاتحل بدونه إلا فيما كان من ملك اليمين٠ قال تعالى: ﴿والذين هم لفروجهم حافظون٠ إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين﴾٠

٣- من أحكام الزواج كذلك تحقيق التعاون بين الزوجين في تربية الأولاد وحضانتهم والنفقة عليهم٠

٤- وفضلاً عن هذا كله فإنه يترتب على الزواج إقامة مجموعات كاملة من الحقوق والواجبات التي ألزم بها الشارع وعني بإثباتها لتنظيم العلاقة في محيط الأسرة٠

وبهذا يشتمل هذا التعريف على تحديد أركان الزواج، كما يشير إلى أحكامه والآثار المترتبة عليه، وهي: حل العشرة ـ وتحقيق التعاون، وتحديد الحقوق والواجبات٠ وهذه هي المعاني التي دلت عليها النصوص الشرعية٠

ثانياً ـ حكمة الزواج

شرع الزواج لتحقيق مقاصد عديدة، ولذا اعتبره النبي ﷺ من سنة الإسلام فقال: «وإن من سنتنا النكاح»، وذلك لأنه يحقق الأمور التالية»:

١ـ الوظيفة الأساسية للزواج هي الإنجاب، «وله وضع النكاح»، كما يقول الغزالي: «المقصود إبقاء النسل وألا يخلو العالم من جنس الإنس، وإنما الشهوة خلقت باعثة مُستَحِثَّة»(١)، وهذا ما يؤكده محمد عبده بقوله: «إن الشهوة الحيوية المغروسة في الإنسان لم تكن مقصودة لذاتها، بل هي آلة لنيل الإنسان مآربه التي لايستطيع القيام بدونها كبقائه في عالم الوجود واستمرار حياته»(٢).

٢ـ تؤدي الأسرة دوراً رئيسياً في توفير الدوافع لضروب النشاط الاقتصادي والحضاري. فكلما وجد الإنسان نفسه مسئولاً عن أبنائه وبناته وغيرهن ممن يرتبط به ارتباطاً عضوياً هان عليه كل ما يجد من عناء العمل وانطلق لا يدخر جهداً. ولا شك في أن مجموع هذه الأعمال هي التي حددت درجة النمو الحضاري. ويلحظ «برتراند رسل» في كتابه (مبادئ الإصلاح الاجتماعي) أن الذكاء الموروث والمكتسب يشيع في محيطات عائلية بذاتها، وأن انقراض العائلات التي يشيع فيها الذكاء سيفضي إلى هبوط المستوى العقلي للسكان.

٣ـ من الوظائف الأساسية للأسرة القيام بتربية الأولاد والعناية بأمورهم وتلقينهم الفضائل الراقية وتدريبهم على السلوك الاجتماعي في جو يشع بالحب والمودة والألفة. وليست دور الحضانة بقادرة على القيام

---

(١) إحياء علوم الدين للإمام الغزالي، ط الشعب، ٦٩٤/٤.

(٢) الإسلام والاشتراكية، ميرزا حسين، ترجمة الدكتور عبد الرحمن أيوب، ص ٢٠٢.

بهذا الدور بالكفاءة التي يقدمها المنزل. وقد أفلس هذا الفكر الذي عبر عنه روبرت أو ين المفكر الاشتراكي في هجومه على دور الأسرة في تربية الأطفال بلغة عنيفة تفيض سخرية ومرارة، وذلك في قوله: «إن الأطفال محتاجون إلى دور حضانة تتوافر فيها أشعة الشمس والجو الصحي وأدوات اللعب أكثر من حاجتهم لحنان الأب وعاطفته. وليس من حق الأب في رأيه ـ أن يحبس أولاده في المنزل لمجرد أنه يود رؤيتهم»[1]. وهذا القول بعيد عن الصواب؛ فإن دور الحضانة تعني بنمو اللحم والعظم ولكنها تهمل نمو الروح، وتخرج هذه الدور «الرجل الجماعي» كما تنتج الماكينات السلع ولكنها لاتربي الإنسان. ولا مانع مطلقاً من معاونة الحكومة ودور الطفل للمنزل في تربية الصغار شريطة ألا تحجب الأسرة عن أداء دورها، لأن الأسرة مدرسة تتربى فيها الشخصية الإنسانية في جو من التقدير والفهم. وهي كذلك تعود الشخص على ضبط النفس والتعاون مع الآخرين. كما أنها ميدان يتدرب فيه الفرد على تحمل المسئولية وعلى التضامن مع غيره في قبول الالتزامات المشتركة. ومن ثم فإنها وسيلة لتكييف أفرادها بحيث يكونون صالحين للمساهمة في الحياة الواسعة التي تحياها الجماعة.

٤ـ يعين الزواج الإنسان على إعفاف نفسه وصونها عن الوقوع في الحرام، ولهذا يقول النبي ﷺ : «من استطاع منكم الباءة ـ أي النفقة ـ فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفروج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء». ويقول عز وجل : ﴿وليستعفف الذين لا يجدون

---

(١) نقلاً عن « الإسلام والاشتراكية، ميرزا حسين، ترجمة الدكتور عبد الرحمن أيوب، ص٢٠٢.

نكاحاً حتى يغنيهم الله من فضله﴾ «النور : ٣٣» •

ثالثاً ـ حكم الزواج

النصوص:

(١) قال تعالى : ﴿وانكحوا الأيامي منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم إن يكونوا فقراء يغنهم ا$ من فضله﴾ «النور : ٢٣» •

(٢) أخرج البخاري عن أنس بن مالك رضي ا$ عنه أنه قال : جاء ثلاثة رهط إلى بيوت أزواج النبي ﷺ يسألون عن عبادته فلما أخبروا كأنهم تقالوها، فقالوا : وأين نحن من النبي ﷺ قد غفر ا$ له ما تقدم من ذنبه وما تأخر • فقال أحدهم: أما أنا فأصلي الليل أبداً، وقال آخر: أنا أصوم الدهر ولا أفطر، وقال آخر: أنا أعتزل النساء فلا أتزوج أبداً• فجاء رسول ا$ # فقال: أنتم الذين قلتم كذا وكذا، أما و$ إني لأخشاكم $ وأتقاكم له، ولكني أصوم وأفطر وأصلي وأرقد وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني•

معنى النصوص:

هذه سنة الإسلام التي لا يعترف بغيرها، تلك التي تساير الفطرة الإنسانية، فلا تبتل ولا رهبانية بعد أن أبدلنا ا$ بها الحنفية السمحة، كما يقول الرسول ﷺ•

الرأي الفقهي :

ترد الأحكام الشرعية المختلفة باختلاف حال المكلف من حيث قدرته على القيام بواجباته واحتمال وقوعه في الإثم على النحو المبين فيما يلي :

١ـ الوجوب وذلك عند القدرة على القيام بالواجبات الزوجية وتحقق الوقوع في الفاحشة بعدم الزواج٠

٢ـ الندب وهو عند القدرة على النفقة والواجبات الزوجية وتوافر الرغبة والأمن من الوقوع في الفاحشة٠

٣ـ الحرمة عند غياب هذه القدرة وتحقق الوقوع في الظلم بالعجز عن الإنفاق أو سوء العشرة٠

٤ـ الكراهة عند القدرة وغلبة ظن الوقوع في الظلم بالعجز عن الإنفاق أو سوء العشرة ٠

٥ـ الزواج المباح عند القدرة وأمن الوقوع في الإثم وارتكاب الفاحشة والظلم٠

وهذه الأخيرة هي حالة الاعتدال، ولكن اتجه بعض الفقهاء الذين غلبت عليهم نزعة التصوف إلى أن التجرد للعبادة في هذه الحالة أفضل احتجاجاً بقوله تعالى : ﴿إن الله يبشرك بيحيى مصدقاً بكلمة من الله وسيداً وحصوراً ونبياً من الصالحين﴾ «آل عمران: ٣٩» ٠ والحصور الذي لا يأتي النساء كما جاء في تفسير ابن كثير، ولا يلزم هذا الاستدلال إلا على مذهب من يرى الإلزام بما جاء في الشرائع السابقة ٠

المبحث الثاني

الخطبة

النصوص :

(١) قال تعالى : ﴿ ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو كنتم في أنفسكم علم الله أنكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سراً إلا أن تقولوا قولاً معروفاً ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله واعلموا أن الله يعلم ما في أنفسكم فاحذروه واعلموا أن الله غفور حليم﴾ «البقرة : ٢٣٥».

(٢) عن جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال : «إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر منها إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل. قال جابر : فخطبت امرأة من بني سلمة فكنت أختبئ لها حتى رأيت منها ما دعاني إليها».

(٣) عن المغيرة بن شعبة أنه خطب امرأة فقال له رسول الله ﷺ : أنظرت إليها ؟ قال: لا . قال : انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما.

معنى النصوص :

اختص عقد الزواج من بين العقود جميعها بمقدمة تسبقه لخطورة أثره

والنتائج المترتبة عليه· ولذا شرعت الخطبة فيما تدل عليه النصوص المذكورة· والخِطبة ـ بكسر الخاء ـ الوعد بإنشاء الزواج في المستقبل· ويحتمل وورود هذا الوَعد من جهة الرجل أو المرأة أو وليهما· وفي القرآن الكريم حكاية موسى مع الرجل الصالح شعيب الذي خطب موسى إلى إحدى ابنتيه في قوله : ﴿إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين﴾ [1] وقول إحدى هاتين البنتين : ﴿ يا أبت استأجره إن خير من استأجرت القوي الأمين﴾[2]·

والتعبير عن الخطبة على نوعين :

١- الصريح وهو التعبير عن إنشاء هذا الوعد بلفظ صريح لا يحتمل غيره، كقول الخاطب أريد الزواج منك· والاتفاق على الزواج في المستقبل وقراءة الفاتحة نوع من التأكيد لمثل هذه الخطبة الصريحة ·

٢- التعريض وهو أن يقول كلاماً يحتمل إنشاء هذا الوعد ويحتمل غيره· وقد ذكر المفسرون من صور التعريض أن يقول الرجل لامرأة أفكر في الزواج ، أو آمل أن ييسر لي الله امرأة صالحة أتزوجها· ومنه إرسال الهدايا أو ما يشبهه مما يكشف عن الرغبة على نحو ضمني·

شروط الخطبة:

يشترط للخطبة شرطان :

ـ أولهما أن لا يقوم مانع يمنع من عقد الزواج عليها في الحال، لأن غاية الخطبة العقد، وهي طريقه ومقدمته، فكل من لا يصلح العقد عليها

---

(١) القصص ٢٧·

(٢) القصص ٢٦ ·

في وقت لا تصح خطبتها فيه• ولذا لايجوز لرجل أن يخطب امرأة تحرم عليه حرمة مؤبدة أو حرمة مؤقتة• وكذا لايجوز أن يتزوج معتدة الغير من طلاق رجعي أو بائن، لأنها تحرم عليه في هذه الأثناء حرمة مؤقتة، فتحرم عليه خطبتها إلى حين انتهاء عدتها، والإجماع علي جواز التعريض بخطبة المعتدة من وفاة لا التصريح بها لقوله تعالى : ﴿ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم...﴾• ويجيز الشافعي التعريض بخطبة المعتدة من طلاق بائنَ بينونة كبرى (الطلاق المكمل للثلاث) لانقطاع الزوجية في حقها هي الأخرى•

ـ والثاني : أن لا تكون مخطوبة للغير، فقد أخرج البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : «نهى النبي ﷺ أن يبيع بعضكم على بيع بعض، ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع»• وأخرج ''. خاري كذلك عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : «إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث ، ولا تجسسوا ولا تباغضوا وكونوا عباد الله إخواناً ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك»• والحكمة من هذا التحريم البعد عما يوغر الصدور وينشئ العداوة والبغضاء بين الخاطبين•

وإنما تحرم الخطبة على الخطبة إذا كانت المخطوبة قد ركنت إلى الخاطب الأول ووافقت عليه• أما إذا لم تكن قد عبرت عن موافقتها على خطبة الأول فلا تعد مخطوبة له ، ولا تحرم خطبتها من غيره• وكذا لو كانت عبرت عن رفضها لخطبة الأول فإن للثاني أن يتقدم لخطبتها•

أثر الخطبة على الزواج :

إذا كانت الخطبة محرمة كأن خطبها وهي مخطوبة أو صرح بخطبتها في عدتها، ثم عقد العقد فيما بعد صحيحاً مستوفياً الأركان والشروط فهل تؤثر الخطبة في العقد ويكون حراماً أو أنها لاتؤثر فيه؟.

جمهور الفقهاء صرح بأن العقد صحيح لاستيفاءه الأركان والشروط مع استحقاق الإثم لمخالفة أوامر الشرع في مقدمات هذا العقد والوسائل إليه.

أما الظاهرية فيرون حرمة العقد المبني على خطبة محرمة، بحكم أنه مبني على محرم فيحرم هو الآخر ، ويفسخ هذا العقد سواد دخلا أم لم يدخلا لأنه لا معني للنهي عن الخطبة وتحريمها في الواقع العملي إلا بهذا، وإعمال نصوص الشرع أولى من إهمالها.

العدول عن الخطبة :

الخطبة وعد بالزواج وليست عقداً، ولذا لا يحق لهما أن يختلطا اختلاط الأزواج وليس له أن يخلو بها. وجمهور الفقهاء أن الوعد ليس ملزماً في القضاء وإن لزم ديانة ، ويحرم خلف الوعد حرمة دينية فإنه من النفاق كما جاء في السنة ولكن لا يجبر الواعد على الوفاء بوعده.

وطبقاً لهذا فإن الخطبة ليست ملزمة بالزواج، وهي مشروعة ليتعرف كل من الطرفين على الآخر. ولذا كان من حق أيهما من الناحية القانونية الرجوع عنها وإلغاؤها بدون أن يترتب على ذلك جزاء من أي نوع .

استرجاع المهر في الرجوع عن الخطبة:

إذا كان الخاطب عجل بدفع المهر أو بعضه ثم رجع في خطبته فلا خلاف بين العلماء على حقه في استرداده، لأن انتقال المهر إلى ملك الزوجة سببه العقد، ولم ينعقد . فلا ينتقل إليها ويعود لصاحبه. ولا يبعد عن هذا ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية السوري عام ١٩٥٣م في الحكم في مادته الرابعة بأنه : «إذا دفع الخاطب المهر نقداً واشترت المرأة به جهازها ثم عدل الخاطب فللمرأة الخيار بين إعادة مثل النقد أو تسليم الجهاز، وإذا عدلت المرأة فعليها مثل المهر أو قيمته». وهذا التيسير للمخطوبة لأنها دخلت في شراء ما اشترته بسبب من جهته فيتحمله.

حكم الهدايا في الرجوع عن الخطبة:

الرجوع في الهبات والهدايا أمر مكروه شرعاً ذمه النبي ﷺ في قوله : «العائد في هبته كالعائد في قيئه». غير أنه يحق له هذا الرجوع قانوناً وقضاء، وهو ما يرشد إليه قوله ﷺ : «من وهب هبة فهو أحق بها ما لم يثب عنها».

ولذا يرى الإمام الشافعي أنه إذا طلب رد ما أهداه إلى مخطوبته وجب عليها أن تردها بعينها إن كانت قائمة وأن ترد مثلها إن كانت تالفة . ومذهب الأحناف أن عليها أن ترد الهدايا إن طلبها الا إذا قام عذر يمنع من هذا الرد، كتلف الهدايا أو انتقالها عن ملكها أو تعويضه عنها بهدايا مماثلة.

ويرى المالكية أن له الحق في استرداد هداياه إن كان الرجوع عن الخطبة من جهتها لا من جهته. وهذا ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية التونسي

لعام ١٩٥٦م، حيث جاء في مادته الثانية النص على أنه «يسترد الخاطب الهدايا التي يقدمها إلى خطيبته الا اذا كان العدول من جهته»· وقد قضت محكمة النقض بأن حكم هدايا الخطبة ليست من مسائل الأحوال الشخصية، بل تسري عليها أحكام الهبة التي جاء ما يتعلق بالرجوع عنها في المواد من ٥٠٠ إلى ٥٠٤ من القانون المدني· وتجيز هذه المواد الرجوع في الهبة إذا وجد عذر مقبول يسوغ هذا الرجوع ولم يوجد ما يمنع منه كوفاة أحد الطرفين· وتشير أحكام محكمة النقض إلى أن القضاء بعدم أحقية الخاطب في استرداد الشبكة والهدايا لانتفاء العذر المقبول الذي يبرر الرجوع لا مخالفة فيه للقانون· وبهذا اتجه القضاء إلى الأخذ بالمذهب المالكي في تفسيره لنصوص المواد ٥٠٠ وما بعدها على الرغم مما يوحي به ظاهرها أنها مأخوذة من المذهب الحنفي·

التعويض عن الأضرار الناشئة من الرجوع في الخطبة:

الرجوع عن الخطبة حق لأي من الخاطبين، لكون الخطبة غير ملزمة، ويتفق مع هذا الاتجاه أكثر أحكام محاكم الاستئناف التي ذهبت إلى أن الطرف الذي لم يعدل عن الخطبة لا يستحق تعويضاً من الطرف الآخر الذي قام بفسخ الخطبة . لأن حق العدول عن الخطبة لأي من الخاطب أو المخطوبة من الحقوق المطلقة التي لا يملك القضاء تقييدها، ولأن الزواج بناء اجتماعي عظيم الخطر والأثر ويجب قيامه على الرضا الكامل، ولأن من أصابه الضرر من العدول بشراء جهاز أو ترك وظيفة استعداداً للزواج هو الذي أوقع هذا الضرر بنفسه، لتسرعه وإقدامه على فعل ما فعله مع علمه بأن الخطبة ليست ملزمة للطرف الآخر، فلا حق له في طلب التعويض من

ضرر هو الذي تسبب في إلحاقه بنفسه.

ولكن أخذت بعض أحكام الاستئناف بمبدأ وجوب القضاء بالتعويض على العدول عن الخطبة إذا تسبب ذلك في الإضرار بالطرف الآخر الذي لم يفسخ الخطبة.

وقد انتصرت محكمة النقض لهذا الاتجاه وأخذت في حكمها بتاريخ ١٤/ ١٢/ ١٩٣٩ م بأن الخطبة ليست ملزمة وأن العدول حق للطرفين حتى يقدم كل منهما على الزواج بنفس راضية، ولا يحفزهما إليه خوف من حكم بالتعويض. لكن إن لازم العدول أفعال مستقلة عنه، وكان من شأنها أن تتسبب في إلحاق الضرر بالطرف الذي لم يعدل عن الخطبة فإن حق هذا الطرف في التعويض ينشأ- لا على مجرد العدول إنما لهذه الأفعال.

وبينت محكمة النقض في أحكام أخرى تالية في ٢٨/ ٤/ ١٩٦٠م و ١٥/ ١١/ ١٩٦٣وجوب توافر شروط المسئولية التقصيرية للحكم بالتعويض. ويعني هذاأنه لا يحكم بالتعويض إلا إذا نشأ الضرر بفعل مستقل عن العدول ومنسوب لأحد الطرفين. أما إذا نشأ الضرر من العدول نفسه فإنه لا حق للمتضرر في المطالبة بالتعويض، حتى لو حدث هذا العدول بغير مسوغ مقبول. وكذلك فإن العدول عن الخطبة بعد استطالة أمدها والتضرر من ذلك مما لا يعد سبباً كافياً للتعويض، لأن الضرر لم ينشأ بفعل مستقل عن العدول. ويفيد هذان الحكمان أمرين يتعلقان بالموضوع ينبغي عدم الخلاف في صحتهما، وهما:

١- الخطبة ليست بعقد ملزم، ولكل من الطرفين حق العدول عنه ويجب ألا نلزم الفاسخ لخطبته بالبوح بأسباب فسخه لهذه الخطبة، لرجوع ذلك إلى

الميول النفسية والأمور الذاتية التي لا يقدرها الآخرون، وإنما شرعت الخطبة لإدراك مدى التلاؤم بينهما.

٢- يجب ألا يعمد الطرف الذي يريد فسخ خطبته إلى الإضرار بالطرف الآخر أو يسلك سلوكاً ضاراً ، وإلا وقع عليه عبء التعويض عن هذا الضرر الذي تسبب فيه بسلوكه الخاطئ، وذلك بمقتضى قوله # «لا ضرر ولا ضرار».

الأحكام الشرعية في الخطبة:

١- تجوز خطبة المرأة الخالية عن نكاح وعدة .

٢- تحرم خطبة المعتدة تصريحاً ، سواء كانت معتدة لطلاق رجعي أو بائن أو وفاة، ويصح إظهار الرغبة تعريضاً لمعتدة الوفاة دون غيرها من المعتدات. ولا يجوز العقد على واحدة منهن قبل انقضاء عدتها.

٣- يجوز للخاطب أن يبصر المخطوبة وينظر إلى وجهها وكفيها.

٤- الوعد بالنكاح في المستقبل ومجرد قراءة الفاتحة بدون إجراء عقد شرعي بإيجاب وقبول لا يكون كل منهما نكاحاً.

وللخاطب العدول عمن خطبها وللمخطوبة أيضاً رد الخاطب الموعود بتزويجها منه ولو بعد قبولها أو قبول وليها إن كانت قاصرة، .

٥- ترد المخطوبة ما عجل الخاطب بدفعه من المهر إذا حدث العدول عن الخطبة من أيهما.

٦- ترد المخطوبة الهدايا التي قدمها الخاطب إذا حدث العدول عن الخطبة،

ما لم يوجد مانع يمنع وجوب رد الهدايا على النحو الذي سبقت الإشارة إلى تفصيله.

الفصل الثاني

أركان الزواج وشروطه

الفصل الثاني

أركان الزواج وشروطه

النصوص :

١ـ قال تعالى: ﴿ وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف ذلك يوعظ به من كان منكم يؤمن بالله واليوم الآخر ذلكم أزكى لكم وأطهر والله يعلم وأنتم لا تعلمون﴾ «البقرة: ٢٣٢»٠

٢ـ روي البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لاتنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن٠ قالوا: يا رسول الله وكيف إذنها؟ قال : أن تسكت»٠

٣ـ وفي صحيح البخاري عن خنساء بنت خذام الأنصاري أن أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك ، فأتت رسول الله ﷺ فرد نكاحه ٠

٤ـ عن عقبة عن النبي عليه السلام قال : «أحق ما أوفيتم من الشروط أن

تزفوا به ما استحللتم به الفروج»

٥ـ قال تعالى في آية المداينة : ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء﴾ .

المعني الفقهي :

تتناول هذه النصوص مدار عقد الزواج، وهو الرضا بين أطرافه، وتوجب الآية المذكورة أولاً على الأولياء أن لا يعضلوا أي يمنعوا المرأة من الزواج إذا تراضت مع زوجها الذي كان طلقها على الزواج بها . وينهي حديث أبي هريرة الأولياء عن تزويج من في ولايتهم بدون استشارتهن وأخذ رأيهن وموافقتهن على الزواج ورضاهن به، وهذا الرضا قد يعبر عنه على نحو صريح واضح أو على نحو غير صريح ولا مباشر كالصمت أو ظهور الغبطة والسرور وما إلى ذلك . ويوجب حديث عقبة الوفاء بما يتفق عليه في عقد الزواج . أما آية المداينة فتأمر بالتوثيق للحقوق بعدة طرق من بينها الكتابة والشهادة التي تكون برجلين أو رجل وامرأتين، وبيانه بالتفصيل فيما يلي :

حكم الزواج :

الزواج مشروع بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿وانكحوا الأيامي منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله﴾ النور .

وقوله : ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا

تعولوا﴾ النساء.

وقد جاء في السنة الحث على الزواج بقوله ﷺ: «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة - أي النفقة - فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاد - أي وقاية -».

وقد أجمع العلماء في كل العصور على مشروعية الزواج.

أما الحكم التكليفي للزواج من حيث طلب الشارع فصله أو تركه، فترد عليه الأحكام الشرعية الخمسة بحسب أحوال المكلفين المختلفة. ولذا فإنه يأخذ حكم الفرضية والتحريم والكراهية والندب والإباحة على التفصيل التالي:

١- يأخذ الزواج حكم الفرضية - طبقاً لما قرره الفقهاء - عند القردة على تحمل أعباء الزواج ونفقة الزوجة مع تيقن الوقوع في الحرمة بارتكاب الزنا عند عدم الزواج.

٢- ويكون الزواج محرماً إذا أدى إلى الوقوع فيما هو محرم، ومن ظلم الزوجة والإضرار بها وعدم القدرة على القيام بحقوقها. وإنما صار الزواج محرماً في مثل هذه الأحوال لأن ما يؤدي إلى المحرم محرم كذلك. ولهذا فإن من يريد أن يتزوج على زوجته، وتيقن من عدم قدرته على الإنفاق على الزوجة الثانية، أو من عدم قيامه بحقوقها، أو بعدم قدرته على العدل بين الزوجتين، كان زواج الثانية محرماً في مثل هذه الحالة.

٣- ويكره الزواج إذا خاف الشخص الوقوع في ظلم من يتزوجها، بألا

يستطيع القيام بحقوقها أو يقع في ظلمها، وإنما كره الزواج في حالة مجرد الخوف من احتمال وقوع الظلم منه دون أن يتيقن من ذلك.

٤ـ ويأخذ الزواج حكم الندب عند جمهور الفقهاء في حالة الاعتدال، وهي حالة عدم الخوف من الوقوع في الحظور، وهو الزنا عند عدم الزواج أو ظلم الزوجة.

وإنما ذهب الجمهور إلى اعتبار الزواج مندوباً إليه في حالة الاعتدال استناداً إلى حدث الرهط الذين ذهبوا إلى منزل النبي ﷺ، وسألوا عن عبادته، فلما أخبروا بها ظهر عليهم أنهم تقالوها، وذكر الأول أنه يصلي الليل أبداً، وذكر الثاني أنه يصوم الدهر فلا يفطر، وذكر الثالث أنه يعتزل النساء ولا يتزوج، فعقب النبي ﷺ على ما ذكروه بقوله: «أما والله إني لأخشاكم لله وأتقاكم له، ولكني أصوم وأفطر، وأصلي وأرقد وأتزوج النساء، فمن رغب عن سنتي فليس مني». ومن هذا يتضح أن الزواج سنة الإسلام التي رغب فيها.

٥ـ لكن ذهب بعض الفقهاء ومنهم الشافعي إلى كون الزواج مباحاً في حالة الاعتدال التي لا خوف فيها من الوقوع في الزنا عند عدم الزواج، ولا في ظلم الزوجة أو منعها حقوقها عند الإقدام عليه. ويستدل أصحاب هذا الرأي بأن الزواج من العادات الدنيوية وليس من العبادات، ولهذا فإنه مباح. وقد فضل كثير من الصدفية العزوبة على الزواج، ورأوا أن الزواج بأعبائه صارف للمذهب عن التجرد لعبادة الله والتفرغ لذكره.

معنى الركن والشرط :

يطلق الركن على جزء الشيء الذي لا وجود له بدونه، بخلاف الشرط الذي يتوقف عليه وجود الشيء أيضاً لكنه ليس جزءاً من الشيء بل هو وصف خارجي له، فأجزاء الصلاة أركانها من قيام وقعود وركوع وسجود، وحقيقة الصلاة هو هذا كله، على حين أن الطهارة شرطها وهي أمر خارج عنها، وإن توقف وجودها على وجود هذا الشرط كذلك.

وقد اعتقد فقهاء الأحناف أن ركن العقد الذي يعد جزءاً من حقيقته هو الإيجاب أو القبول أو الصيغة، على حين أضاف جمهور الفقهاء العاقدين والمعقود عليه واعتبروا جميع ذلك من الأركان. وفي المادة الخامسة من الأحكام الشرعية النص على أن ركن عقد الزواج هو الإيجاب والقبول، أو الصيغة، طبقاً لما أخذ به الأحناف. ونص هذه المادة : «ينعقد النكاح بإيجاب من أحد العاقدين وقبول من الآخر. ولا فرق بين أن يكون الموجب هو الزوج أو وليه أو وكيله والقابل هو الزوجة أو وليها، أو وكيلها إن كانت مكلفة أو العكس».

والإيجاب هو ما صدر أولاً من أحد العاقدين للدلالة على الرغبة في إنشاء العقد. والقبول هو ما صدر من العاقد الثاني للدلالة على الموافقة على ما أوجبه الطرف الأول والرضا به. ويصح الإيجاب بلفظ النكاح والتزويج بالاتفاق، لأن كلا من هذين اللفظين صريح في الدلالة على الرغبة في إنشاء العقد، كما يصح الإيجاب بكل لفظ يدل عليه عند الأحناف والمالكية[1]. أما القبول فلا يشترط فيه لفظ مخصوص، ويصح بكل ما يدل

---

(١) حاشية ابن عابدين ٢/٣٧١، والمغني لابن قدامة ٦/٥٣٣.

على الرضا بالإيجاب. وقد أخذ القانون السوري في المادة السادسة بهذا، ونصها : «يكون الإيجاب والقبول في الزواج بالألفاظ الذي تفيد معناه لغة أو عرفاً».

أما صيغة الإيجاب والقبول فيشترط ورودهما بلفظ الماضي، لدلالته على تمام الرغبة في إنشاء العقد في الحال من غير توقف على نية أو قرينة.

ويجيز الأحناف والمالكية التعبير عن الإيجاب والقبول بصيغة المضارع والأمر إذا وجدت القرائن الدالة على إنشاء العقد في الحال، كأن يكون المجلس مهيئاً لعقد الزواج أو وجدت الدلائل على اتجاه نية العاقدين إلى إنشاء العقد، وإنما أجاز الأحناف انعقاد الزواج بلفظ الأمر، كأن يقول طالب الزواج لولي الزوجة زوجني بنتك. فيقول الآخر : قبلت. بناء على أن قوله زوجني بنتك يفيد توكيله في عقد الزواج عليها. ولم يوافق المالكية على أن مثل هذه الصيغة تفيد التوكيل، لأن طالب الزواج ما قصد هذا، وعندهم أن هذا اللفظ بهذه الصفة من الصيغ المفيدة لإنشاء الإيجاب في العرف فينعقد الزواج بها.

انعقاد الزواج بعاقد واحد :

الأصل أن يتولى عقد الزواج شخصان أحدهما موجب والآخر قابل. لكن أجاز الأحناف استثناء من هذا الأصل انعقاد الزواج بعاقد واحد إذا كان وكيلاً عن الطرفين أو وكيلاً لأحدهما وولياً للآخر كأن يزوج ابن عم المرأة نفسه منها، وتقوم عبارته مقام كل من الإيجاب والقبول دون حاجة إلى تكرارها، ويكفي أن يقول زوجت فلانة من فلان.

انعقاد الزواج بالكتابة والإشارة:

ينعقد الزواج باللفظ في حالة الحضور عند القدرة عليه، أما عند الغياب فينعقد العقد عند الأحناف بالكتابة الواضحة المفهمة. والقاعدة في هذا المذهب أن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر، ويقرأ الكتاب في مجلس العقد، في حضور الشهود، ويعد هذا بمنزلة الإيجاب، ويكون رد المرأة هو القبول، وهو ما أخذ به القانون السوري حسبما جاء في مادته السابقة.

وخالف المالكية والشافعية والحنابلة، ورأوا أن عقد الزواج لا ينعقد بالكتابة في غيبة أو حضور، ورأيهم أن الكتابة لاتجوز إلا للضرورة كخرس، ويستطيع الغائب توكيل غيره في عقد زواجه فلم تنشأ حالة الضرورة.

أما بالنسبة للأخرس فإن له أن يباشر عقد الزواج ويعبر عن الإيجاب والقبول بكتابته إن قادر عليها أو بإشارته إن عجز عن الكتابة، لأنها وسيلته في التعبير عن إرادته، ولا يجيز الأحناف عقد النكاح بإشارة الأخرس إن كان قادراً على الكتابة، وهو ما أخذ به القانون السوري، حيث جاء في المادة العاشرة منه: «يصح الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب وإلا فبإشارته المفهمة».

شروط انعقاد العقد [1] :

ينعقد العقد إذا اجتمعت فيه الشروط التالية :

١- أهلية المتعاقدين لمباشرة العقد بكونهما عاقلين مميزين، فإن كان أحدهما معتوهاً أو مجنوناً أو صبياً لم يبلغ سبع سنين لم ينعقد العقد. ويجب على المأذون التحقق من هذه الأهلية فيما أشارت إليه محكمة استئناف مصر في حكمها بتاريخ ١٠/ ٥/ ١٩٣٤م، إذ بدون هذه الأهلية لا يسوغ له أن يباشر تحرير وثيقة الزواج ولا إثبات حدوث العقد. واشتراط بلوغ العاقد للنفاذ لا للانعقاد عند الأحناف.

وقد أكدت محكمة النقض في حكمها الصادر في ١٥/ ٤/ ١٩٨٦ أن مباشرة المجنون عقد زواجه بنفسه لا يؤدي إلى انعقاد العقد، ولذا يكون طلاقه وارداً على غير محل، لأن حق الطلاق من الآثار المترتبة على عقد

(١) حاشية ابن عابدين ٣٧١/٢، والمغني لابن قدامة ٥٣٣/٦.

---

(١) يميز فقهاء الأحناف بين أربعة مراحل يمر بها العقد. أولها مرحلة الانعقاد، والثانية ، مرحلة الصحة، والثالثة، مرحلة النفاذ، والرابعة ، مرحلة اللزوم. وشروط الانعقاد هي الشروط المتعلقة بالركن والتي لا ينشأ العقد بدونها. أما شروط الصحة فهي التي يلزم توافرها لترتيب الأثر الشرعي للعقد. ويكون العقد فاسداً عند الأحناف بهذا التخلف وباطلاً عند الجمهور. والفرق بين الباطل والفاسد عند الأحناف أن الباطل لا يثبت به شئ من أحكام الزواج كالنسب أو العدة، ويعد كأن لم يوجد، ومنه الزواج بإحدى المحارم أو بزوجة الغير. أما الفاسد فترتب عليه بعض آثار العقد الصحيح. ولذا يثبت به النسب من الأب، وتجب به العدة ، ومنه الزواج المؤقت أو زواج الأخت على الأخت. أما شروط النفاذ فهي التي يتوقف عليها ترتب آثار العقد بالفعل وإلا فإن العقد يكون موقوفاً. أما اللزوم فيعني أنه ليس لأحد الحق في فسخه. ولا يميز الجمهور بين هذه الأنواع المختلفة من الشروط ويرون أنها جميعاً شروط صحة ، إذا توافرت كان العقد صحيحاً وترتبت عليه آثاره وإلا كان العقد باطلاً.

الزواج الصحيح. وينصرف ذلك إلى المجنون جنوناً مطبقاً. أما المجنون جنوناً منقطعاً فإ العقد ينعقد بعبارته الصادرة وقت إفاقته.

٢- سماع كل من العاقدين كلام الآخر وفهمه، ليتحقق رضاه بالعقد، أما إن سمع ولم يفهم أو جرى على لسانه بلغة لا يعرفها ما لا يقصد معناه لم ينشأ العقد لانتفاء معنى الرضا به ٠

٣- محلية المرأة للزواج، فيشترط لهذا ألا تكون محرمة على الرجل تحريماً مؤبداً، كأن تكون عمته أو خالته أو كانت مسلمة وهو غير مسلم٠ ولو نطق أحدهما بالإيجاب والآخر بالقبول لم ينشأ العقد٠ ويشترط كذلك أن تكون المرأة محققة الأنوثة، فلا ينعقد الزواج بالخنثى المشكل الذي لا يعلم كونه رجلاً أو امرأة.

٤- عدم مخالفة القبول للإيجاب وموافقة كل منهما للآخر٠ أما قوله زوجت فلانة بمهر كذا فقال وافقت بمهر أكبر لم يوافق القبول الإيجاب٠ فلا ينعقد العقد على الرغم من أن المهر ليس ركناً في العقد ولا شرطاً لصحته لأنه التحق بالإيجاب وأصبح جزءاً منه يتوقف عليه رضا الموجب بالعقد ، وكذا لو قال : تزوجت زينب، فقال : قبلت أن تتزوج فاطمة، لعدم التوافق بين الإيجاب والقبول٠

٥- اتحاد مجلس الإيجاب والقبول٠ أما لو اختلف مجلس الإيجاب والقبول، كأن صدر أحدهما في مكان وصدر الآخر في غيره، أو صدر أحدهما ثم انشغل الآخر بأمر غيره فإن هذا يعد قطعاً للمجلس، ولا ينعقد العقد، إذ الانعقاد كما يقول الكاساني : «عبارة عن ارتباط أحد الشرطين بالآخر، فإن اختلف المجلس حقيقة أو حكماً لم ينتظم

الشطران معاً. ولا يشترط الفور في تعلق الإيجاب والقبول، ويجوز التراخي في الرد بالقبول ما لم يشتغل بما يدل على الإعراض عن الإيجاب.

وفي المادة السادسة من الأحكام الشرعية النص على أكثر شروط الانعقاد السابقة، ولفظها : «يشترط لعقد النكاح اتحاد مجلس الإيجاب والقبول إذا كان العاقدان حاضرين وإن طال من غير اشتغال بما يدل على الإعراض وسماع كل منهما كلام الآخر، وإن لم يفهما معناه، مع علمهما أنه مقصود به النكاح وعدم مخالفة القبول والإيجاب».

٦- كون الصيغة منجزة حالة، تفيد الرغبة في إنشاء العقد في الحال. أما إذا كانت الصيغة مضافة إلى المستقبل، كأن يقول أتزوجك غداً أو بعد شهر، أو كانت معلقة على غير كائن ، ويحتمل حدوثه أو تيقن حدوثه في المستقبل فلا ينعقد العقد بمثل هذه الصيغة، لأن هذا التعليق والإضافة يدلان على عدم قيام الرضا الكامل بإنشاء العقد، أما لو علقه على شرط واقع بالفعل في الحال كأن يقول زوجت ابنتي منك إن رضيت أو رضي أبوك فيقول قبلت وأنا راض أو يعبر أبوه عما يدل على رضاه في المجلس. وفي المادة ١٢ من الأحكام الشرعية النص على أنه «لا ينعقد النكاح المعلق بشرط غير كائن أو حادثة غير محققة الحصول». ولا تختلف عبارة المادة الثالثة عشرة من قانون الأحوال الشخصية السوري عن لفظ هذه المادة[١].

---

(١) نص هذه المادة : «لا ينعقد الزواج المضاف إلى المستقبل، ولا المعلق على شرط غير متحقق.

٧- ألا يرجع الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول، لأنه إن رجع لم يصادف القبول إيجاباً يلتقي به، فلا ينعقد العقد.

وقد أجمل القانون السوري شروط العقد في الفقرة الأولى من المادة الحادية عشرة.

شروط صحة الزواج :

يشترط لصحة الزواج ما يلي :

١- محلية المرأة للزواج بمعنى عدم قيام سبب للتحريم المؤقت بينها وبين الراغب في الزواج منها، كأن تكون معتدة من طلاق بائن أو من وفاة . أما التحريم المؤبد فيخالف انعقاد العقد ويؤدي إلى بطلانه. وقد أشارت محكمة النقض في حكمها الصادر في تاريخ ١٧/ ٦/ ١٩٦٨ م إلى أن من شروط صحة الزواج محلية المرأة للزواج وألا يقوم بها سبب من أسباب التحريم، وأن هذا التحريم يعد موجباً للتفريق بين الرجل والمرأة المحرمة، لا فرق في ذلك بين ما إذا كانت محلية المرأة في عقد الزواج عامة أصلية بانتفاء الحرمة المؤبدة مما يعد شرطاً لانعقاد الزواج أو محلية خاصة فرعية، بانتفاء الحرمة المؤقتة مما يعد شرطاً لصحته.

ويبطل النكاح ولا تترتب عليه آثاره إذا لم تكن المرأة محلاً للزواج، يوضحه حكم محكمة النقض في ٣١/ ٥/ ١٩٧٤ حيث طلقت امرأة طلاقاً رجعياً وتزوجت من شخص آخر وأقرت في وثيقة زواجها الثاني بانقضاء عدتها من الزواج الأول وعدم زواجها بعده، ودخل الزوج الثاني بها وأقامت معه ثم توفيت، فطالب زوجها الأول بميراثه منها وقضي له بذلك بناء على إثبات صحة رجعته لها. غير أن الزوج الثاني طعن على هذا الحكم

فرفضت محكمة النقض الطعن وحكمت بأن إثبات صحة رجعة الزوج الأول لزوجته يوجب الحكم باستدامة الزوجية وبطلان الزواج الثاني، فلا يثبت به توارث بين الطاعن (الزوج الثاني) وبين المتوفاة، ويكون ما أقرت به الزوجة في وثيقة زواجها منه إقراراً يتعلق بإبطال حق الغير وهو المطعون عليه الأول، وهي لا تملكه فلا يعتبر محلاً للتحدي بدلالة المستندات التي تشير إلى إقامة المتوفاة مع الطاعن لأن ذلك ليس من شأنه تصحيح الزواج الثاني.

٢- تأبيد الصيغة وعدم تأقيتها بوقت معين، لأن مبنى الزواج على الدوام والاستمرار، ويتناقض النكاح المؤقت ونكاح المتعة مع هذا الأصل لأن جوهرهما تقييد العقد بفترة معينة. ويسوي بينهما الكاساني في قوله: «لا يجوز النكاح المؤقت وهو نكاح المتعة، وإنه نوعان: أحدهما أن يكون بلفظ التمتع والثاني أن يكون بلفظ النكاح والتزويج وما يقوم مقامهما»[١]. وفي البخاري عدد من المرويات المرفوعة الدالة على إباحة النبي ﷺ نكاح المتعة وقتاً يسيراً ثم أبطله بعد ذلك في غزوة خيبر.

ويخالف الشيعة الإمامية غيرهم من علماء المسلمين وفقهائهم في القول بحل نكاح المتعة الذي يعد نظاماً قانونياً مستقلاً بذاته عندهم عن نظام الزواج الصحيح في المذاهب الأخرى. ويشترك نظام المتعة في مذهب الشيعة الإمامية مع عقد الزواج الدائم في الخضوع على نحو عام لأحكام المحرمات من النساء، وفي ثبوت النسب للولد والميراث له غير أنهما يختلفان فيما عدا ذلك؛ ففي نكاح المتعة لا توارث بين الطرفين ولا نفقة

(١) البدائع، ٢/٢٧٢.

للمرأة ولا طلاق، وإنما تنتهي المتعة بانتهاء الوقت المحدد لها. والأفضل مع ذلك من وجهة علماء الشيعة الإمامية الامتناع عن نكاح المتعة لمن كان مستغنياً. ويشبه هذا النوع من الزواج أن يكون مقصوراً على حالة الضرورة، وليس نكاح المتعة محرماً في فقه المذاهب الأخرى فحسب وإنما يتعرض مرتكبه كذلك للعقوبة التي تفرض على مرتكب جريمة الزنا

وقد رأي زفر صحة النكاح المؤقت وبطلان الشرط الفاسد لأنه شرط ينافي مقتضى العقد. ورأي أبو حنيفة أن مدة التأقيت إن كانت طويلة لا يعيش الطرفان إلى مثلها كأن يتفقا على الزواج مائة سنة، فإن العقد يصح مع بطلان هذا الشرط، لكن الجمهور يرون أن ذكر أي مدة مع الإيجاب والقبول يحيل عقد النكاح إلى مؤقت ويبطله أو يفسده. وقد جاء في المادة الثالثة عشرة والرابعة عشرة من الأحكام الشرعية النص على بطلان كل من النكاح المؤقت ونكاح المتعة ولفظها :

ـ المادة الثالثة عشر : «لا ينعقد النكاح المؤقت على الصحيح كنكاح المتعة».

ـ المادة الرابعة عشرة : «نكاح المتعة هو أن يعقد الرجل عقداً على امرأة بلفظ المتعة، وهو باطل لا ينعقد أصلاً وإن حضره الشهود ولا يتوارث به الزوجان».

٣ـ الشهادة: جمهور الفقهاء على اعتبار الشهادة شرطاً لصحة الزواج. وحكمة الشهادة الإعلان عن النكاح والإحتياط لإثبات حقوق الزوجين وأولادهما في الميراث والنفقة وغيرهما. وإنما وجب الإشهاد لقوله ﷺ : «لانكاح إلا بشهود» ، ولقوله تعالى في آية المداينة: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن

ترضون من الشهداء﴾.

والوقت الذي تجب الشهادة فيه هو وقت إنشاء العقد والنطق بالإيجاب والقبول عند جمهور الفقهاء، ليسمع الشهود كلام المتعاقدين، وليرجع إليهم عند الاختلاف فيه.

لكن المالكية ذهبوا إلى أنه لا تشترط الشهادة عند النطق بالإيجاب والقبول وإنما تشترط قبل الدخول. جاء في المقدمات لابن رشد أن: «الإشهاد إنما يجب عند الدخول وليس من شروط صحة العقد، فإن تزوج ولم يشهد فنكاحه صحيح ويُشْهِدان فيما يستقبل»[1]. هذا إذا لم يكن قصدهما من عدم الاشهاد عند العقد هو كتمان الزواج والاحتفاظ به في السر فلا يثبت هذا الزواج ويفسخ.

وعلى الرغم من حكم المالكية بصحة النكاح بدون الشهادة فإنهم يوجبون الحد على الدخول إن أقرا بالمعاشرة قبل الإشهاد.

آراء الفقهاء في اشتراط الشهادة:

ذهب جمهور الفقهاء من الأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الشهادة شرط لصحة عقد الزواج، وترتب آثاره عليه، من قيام الحق في التوارث، وثبوت النسب، وإباحة العشرة. وإنما ذلك لأن في الشهادة حفظاً لحقوق أطرافه والأولاد الذين يأتون منه.

وقد روى الترمذي عن ابن عباس قول النبي ﷺ: «البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة».

---

(١) مواهب الخليل للخطاب ٤٠٩/٣.

ويرى الشيعة الإمامية أن الشهادة ليست شرطاً لصحة الزواج، وإنما هو مستحبة عند الكثيرين من فقهائهم، ويستدلون لمذهبهم بالإطلاقات الواردة في النصوص القرآنية المتعلقة بالحث على الزواج والأمر به، من مثل قوله تعالى: ﴿وانكحوا الأيامي منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم﴾ دون تقييد لذلكباشتراط الشهود.

والأصح اعتبار الشهادة شطاً لصحة الزواج، وترتب آثاره الشرعية ما يشترط في الشهود.

يشترط في الشهود الشروط التالية:

١ـ التكليف، أو الأهلية، وذلك بأن يكونا عاقلين بالغين، إذ لا يتحقق المقصود من الشهادة بشهادة الصبي أو غير العاقل.

٢ـ الإسلام إذا كان الزوجان مسلمين، أما إذا كانت الزوجة غير مسلمة والزوج مسلماً فإنه لا يشترط في الشهود هذا الشرط عند الأحناف، خلافاً لغيرهم، ولا يشترط هذا الشرط بالاتفاق إذا كان الزوجان غير مسلمين.

٣ـ سماع الشاهدين مجتمعين كلام العاقدين وفهمه. أما لو سمع أحد الشاهدين كلام الموجب وسمع الآخر كلام القابل، أو سمع أحدهما الإيجاب والقبول دون الشاهد الآخر، وأعيد الإيجاب والقبول فسمعه الشاهد الآخر، لم يحصل اجتماع الشاهدين على الشهادة ولم يصح النكاح بمثلها، ويفيد اشتراط السماع والفهم نفي الاعتداد بشهادة الأصم أو السكران الذي لا يفهم ما يسمع أو من لا يفهم اللغة التي يجري بها العقد لكونه أجنبياً عنها. أما الأعمى فيصبح النكاح بشهادته.

٤ـ تعدد الشهود: لا يصح الزواج بشهادة الواحد إعمالاً للنصوص، وإنما يجب أن يكون معه غيره لتصحيح العقد، ويتحقق التعدد عند الأحناف بالنظر إلى الواقع لا بالنظر إلى صفة الحاضرين في مجلس العقد وقصدهم من هذا الحضور أو تعمدهم الشهادة. ولذا يحصل التعدد في صورة ما إذا زوج الأب ابنته البالغة العاقلة الحاضرة في مجلس العقد بإذنها ورضاها وحضور شاهد واحد، لأن الأب يعتبر شاهداً آخر، وتعتبر البنت هي المباشرة للعقد.

أما لو كانت البنت غير حاضرة مجلس العقد فلا يمكن اعتبار الأب شاهداً، لأنه هو العاقد. وكذا لو كان الوكيل حاضراً مجلس العقد وزوج موكله أو موكلته الحاضرين في المجلس ولم يوجد الا شاهد واحد فيصح الزواج باعتبار الوكيل شاهداً آخر. أما لو كان الموكل أو الموكلة غائبين عن مجلس العقد فلا يمكن اعتبار الوكيل شاهداً لأنه يتولى دور العاقد وليس له إلا هذه الصفة.

٥ـ أما الذكورة فلم يشترطها الأحناف في الشهادة على الزواج، ويصح النكاح عندهم بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، لأن المرأة أهل لتحمل الشهادة وأدائها، ولم تقبل شهادتها في عقوبات الحدود والقصاص وحدهما لأنها عقوبات شديدة فلا يحكم بها إلا بشهادات الرجال، ويصح إثبات شهادة المرأة في جنايات الحدود والقصاص والحكم فيها بالعقوبات التعزيرية استناداً إلى شهادة امرأة واحدة..

وخالف غير الأحناف واشترطوا الذكورة في الشهود على الزواج، لأن القرآن الكريم ورد فيه: ﴿وأشهدوا ذوي عدل﴾ أي شاهدين عدلين

في أمور الرجعة والطلاق، فيقتصر على ذلك في الزواج أيضاً. وقد رأي ابن حزم صحة النكاح بشهادة أربع من النساء.

٦ ولا يشترط الأحناف صفة العدالة في شهود النكاح، بناء على أن المقصود من الشهادة في الزواج هو التصحيح أو الحكم بصحته. ويختلف ذلك عن الحكم بإثباته، والاتفاق على أنه لا يثبت الحكم بالزواج أو الحقوق المترتبة عليه الا بشهادة العدول. أما الشهادة المشترطة لصحة الزواج ففيها الخلاف المذكور بين الأحناف وغيرهم. ويؤيد التفريق بين الحكم بصحة النكاح وبين إثباته أنه يصح بشهادة ابني الزوجين أو ابني أحدهما أو والديهما مع أن إثباته أمام القضاء لا يتحقق بمثل هذه الشهادة.

وفي المادة السابعة من الأحكام الشرعية إجمال هذه الشروط، ونصها: «لا يصح عقد النكاح إلا بحضور شاهدين حرين أو حر وحرتين عاقلتين بالغتين مسلمتين لنكاح مسلم مسلمة سامعين قول العاقدين معاً، فاهمين أنه عقد نكاح ولو كانا أعمين أو فاسقين أو ابني الزوجين أو ابني أحدهما».

والأصم لا يصح شاهداً في النكاح ولا النائم ولا السكران الذي لايعي ما يسمع ولا يذكره فلا ينعقد النكاح صحيحاً بحضورهم.

٧ـ تولي الولي عقد الزواج بنفسه أو توكيله غيره في عقده سواء كانت المرأة بالغة أو صغيرة عاقلة أو مجنونة، ويعتبر الجمهور هذا شرطاً لصحة النكاح. فيبطل إذا تولت المرأة البالغة العاقلة زواج نفسها أو وكلت غيرها فيه لأنها لا تملك أن تتولاه بنفسها فلا توكل غيرها فيه، ويصح للمرأة البالغة العاقلة عند الأحناف أن تتولى عقد زواجها بنفسها، وأن

توكل غيرها فيه، غير أنها إن زوجت نفسها من غير كفء فلوليها حق المطالبة بفسخ الزواج، وأفصل الكلام فيه في مناسبته ٠

شروط النفاذ :

نفاذ العقد معناه ترتب آثاره الشرعية عليه دون توقف على إجازة أحد، وإجمال هذا النوع من الشروط فيما يلي :

١ـ كمال أهلية الزوجين إذا باشرا عقد الزواج بنفسيهما أو بوكيل عنهما٠ أما إن باشر عقد الزواج صبي مميز وهو دون البلوغ فينعقد العقد موقوفاً على إذن وليه في المذهب الحنفي٠

٢ـ ألا يكون الزوج محجوراً عليه لسفه أو تفليس فيما أخذ به المالكية٠ وعندهم أن السفيه والمفلس إن عقد زواجه لم ينفذ إلا بإذن وليه٠ لأن في الزواج إنفاق المال وهو ممنوع منه إلا بإذن وليه فيمنع مما يوجبه، وهو عند الشافعية والحنابلة شرط صحة فتتوقف صحة زواج السفيه على إذن الولي٠ ولا يرى الحنفية مثل هذا الشرط لصحة الزواج ولا لنفاذه ، لأن الزواج تصرف شخصي لا مالي فلا يمنع منه لأنه ممنوع من التصرفات المالية وحدها٠

٣ـ ألا يخالف الوكيل موكله فيما أمره به ، وإلا كان تصرفه موقوفاً على إذن موكله إن أجازه نفذ والا بطل ٠ وفي المادة ٦١ من الأحكام الشرعية أنه «يشترط للزوم عقد الوكيل ونفوذه على من وكله موافقته لما أمره به فإن خالف فلا ينفذ عليه النكاح الا إذا أجازه» ولهذا فإنه إذا وكله في تزويجه من (أ) فزوجه من (ب) فإن العقد يكون موقوفاً على إجازة الموكل٠

٤ـ ألا يكون الزواج من الولي الأبعد مع وجود الولي الأقرب، فإن زوج الولي الأبعد مع وجود الولي الأقرب كان العقد موقوفاً على رضا الأقرب، وفي المادة ٤٠ من الأحكام الشرعية أنه «لا ولاية للولي الأبعد مع وجود الولي الأقرب المتوافرة فيه شروط الأهلية ...»• وهذا ما يوضحه حكم محكمة النقض في ١٤/ ٢/ ١٩٧٣، حيث تزوج معتوه بولاية أحد أقاربه البعيدين في حضور أخيه، وقضى الحكم المطعون فيه بنفاذ الزواج لحضور الولي الأقرب وهو الأخ أثناء عقد العقد واستئجاره مسكناً لشقيقه المذكور بعد زواجه للإقامة فيه مع الزوجة، وتردده عليهما في هذا المسكن وتسلمه لشقيقه هذا من والد زوجته وتأخره في رفع الدعوى مما يدل على رضاه بالعقد فينفذ الزواج • غير أن محكمة النقض حكمت بإبطال الزواج بناء على أن هذه الأمور لا تفيد الدلالة على الرضا ، لأن تأجير الطاعن مسكناً للمعتوه بعد الزواج وزيارته فيه وتسلمه من والد الزوجة من لوازم ولاية الحفظ ومقتضياتها الواجبة عليه أو لوفور الشفقة ، ولأن مضي المدة لا يدل على الرضا بالعقد الموقوف• ولذا يجب الا تعتبر هذه الأمور من قبيل الإجازة ما لم يكن قد اعتبرها العرف كذلك •

٥ـ الا يكون العاقد فضولياً في إنشاء عقد الزواج لغيره بلا ولاية عليه ولا بوكالة منه• وعقد الفضولي يكون موقوفاً على إذن الأصيل وموافقته•

شروط اللزوم:

يلزم عقد الزواج إذا لم يكن لأحد العاقدين أو غيرهما حق الاعتراض عليه بطلب فسخه، وبهذا فإن شروط اللزوم هي الشروط التي يؤدي

اجتماعها إلى استدامة آثار العقد ونفي حق الاعتراض عليه ، وأهم هذه الشروط ما يلي:

١ـ كون الولي في نكاح فاقد الأهلية أو ناقصها هو الأب أو الجد، فإن كان غير الأب أو الجد من الأولياء كالأخ والعم لا يلزم النكاح ويثبت خيار البلوغ. وقد حكمت محكمة أبو تيج في ١/١٢/١٢٢٩ بأنه إذا كان المزوج للصغيرة غير الأب والجد من الأولياء كان لها شرعاً خيار الفسخ بالبلوغ. غير أن العمل في الباكستان والهند على عدم لزورم عقد زواج الصغيرة التي زوجها الأب والجد أو زوجها غيرهما كالأخ والعم. حيث ينشأ خيار الفسخ لهذه الصغيرة عند بلوغها ، وهو المسمى بخيار البلوغ Puberty Option سواء زوجها الأب أو غيره، وذلك بمقتضى قانون التفريق في الزواج بين المسلمين The Dissolution of Muslem Marriages Act الصادر عام ١٩٣٩ ، ولا يتفق القانون في هذا التوسع في خيار البلوغ مع المذهب الحنفي أ وغيره من المذاهب الأخرى. وسيأتي الحديث عن زواج الصغار في القانون المصري فيما بعد.

٢ـ كفاءة الزوج للزوجة أو لوليها في الحسب والنسب واليسار، ويسجل المستشار محمد الدجوي في كتابه الأحوال الشخصية للمصريين المسلمين ملحقاً كاملاً بأشهر قضية فسخ زواج لعدم الكفاءة وقعت في هذا القرن، وهي قضية فسخ زواج الشيخ على يوسف باشا من السيدة صفية السادات. وفي هذه القضية كان علي يوسف رئيس تحرير جريدة «المؤيد» وأحد الزعماء السياسيين المناضلين للاحتلال الإنجليزي قد تزوج بنتاً من عائلة «السادات» المرموقة والتي ينتهي نسبها إلى بني هاشم،

وذلك دون موافقة أبيها الذي أسرع إلى المحكمة يطالب بفسخ الزواج لعدم الكفاءة بين أسرة السادات الثرية العريقة وبين الزوج الفقير النشأة المتواضع النسب ، والذي يمتهن حرفة الصحافة ورئاسة تحرير مجلة المؤيد ليتكسب من عمله هذا ٠

وقد انبرى دفاع الفريقين لتمجيد القيم التي ينحاز إليها موكلاهما، وتولى الشيخ بنفسه الدفاع عن قضيته على صدر صحيفته، وانقسم الرأي العام في الحكم في القضية ، وتوالت الضغوط على القاضي واسمه أبو خطوة من أصدقاء الشيخ على يوسف وعلى رأسهم الخديوي عباس نفسه٠ واضطر هذا القاضي المعتز بنفسه وبمهنته إلى الاختفاء عن الناس في مكان مجهول اسبوعين كاملين بعد انتهاء المرافعة لكي يصدر حكمه بعيداً عن هذه الضغوط، وأخيراً صدر حكمه بالتفريق بين الزوجين، على أساس أن الشيخ على يوسف ليس كفئاً لهذه الزوجة٠

وفي الحكم إشارة إلى أن الغنى الحادث لهذا الشيخ لا يمحو عنه عار الفقر الذي نشأ فيه!! ٠

وتوقف محامي الشيخ في دفاعه في محكمة الاستئناف أمام هذه الفقرة من الحكم على وجه الخصوص، وتساءل بقولة عن الأساس الذي استند إليه القاضي في الحكم بالعار للفقر واستصحاب هذا العار ولو أصاب الفقير الغني٠ وقوى أمل الشيخ في أن تغير محكمة الاستئناف هذا الحكم، لكنها أيدته وتم فسخ الزواج على الأسس التي جاءت في الحكم الأول٠

٣ـ ألا يكون الزوج قد غرر بالزوجة في بيان حال نفسه في الأمور التي تعتبر

بها الكفاءة ، كأن يخبرها عن نسبه أو حرفته ثم يظهر دون ما قال على نحو يخل بكفاءته لها• يقول الكاساني : « ولو أظهر رجل نسبه لامرأة فزوجت نفسها منه ، ثم ظهر نسبه أدون منه فلها الخيار »[1] لأن رضاها قام على أساس غير صحيح وقد غرها فلها الفسخ•

٤ـ كمال مهر المثل إذا زوجت البالغة العاقلة نفسها بدون رضاء الأولياء في مذهب أبي حنيفة خلافاً لأبي يوسف ومحمد ، فعندهما أنه لو زوجت البالغة العاقلة نفسها من كفء بأقل من مهر المثل لزم النكاح[2] ، ولا يفسخ لنقص في المهر الذي زوجت به نفسها، وفي المادة الثانية والخمسين من الأحكام الشرعية ترجيح مذهب أبي حنيفة في إعطاء الولي حق فسخ الزواج إذا زوجت المرأة نفسها بدون رضا وليها واتفقت على مهر أقل من مهر مثلها[3]•

٥ـ خلو الزوج من العيوب التي يجوز فسخ النكاح بسببها، وتشمل عند أبي

---

(١) بدائع الصنائع • ٣٢١/٢•

(٢) السابق • ٣٢٢/٢•

(٣) جاء في القانون السوري اعتبار الكفاءة حقاً لكل من المرأة والولي، وأن العبرة في تحقيق معاني الكفاءة بالرجوع إلى العرف السائد، وينظر إلى تحقق هذه المعاني عند العقد حتى لا يضر زوالها بعده• وللزوجة ووليها الحق في فسخ العقد إذا اشترطا الكفاءة عند العقد أو كذب الزوج في بيان حالته• وقد جاء في القانون السوري النص على سقوط الحق في الفسخ لنقص كفاءة الزوج بحمل الزوجة• والنصوص التي جاءت في هذا القانون في الكفاءة فيما يلي • (مادة ٢٦ • يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤاً للمرأة)• (مادة ٢٧ • إذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي فإ ن كان الزوج كفؤاً لزم العقد والا فللولي طلب فسخ النكاح)

* (مادة ٢٨ • العبرة في الكفاءة لعرف البلد)
* (مادة ٣٠ • يسقط حق الفسخ لعدم الكفاءة إذا حملت المرأة)
* (مادة ٣١ • تراعي الكفاءة عند العقد فلا يؤثر زوالها بعده) •

حنيفة وأبي يوسف عيوب العجز الجنسي الكامل المانع للزوج من استكمال الزواج، ويضيف محمد بن الحسن الشيباني العيوب التي لا تمنع المعاشرة الزوجية ولكن الزوجة لا تطبق الحياة الزوجية معها إلا بضرر ومشقة.

وقد توسع مرسوم ١٩٢٠ في العيوب التي تبيح للزوجة طلب التفريق، حيث جاء في مادته التاسعة أن «للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل، ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر، كالجنون والجذام والبرص، سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أو حدث بعد العقد ولم ترض به * فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق».

وإنما يعد التفريق للعيب بطلب الزوجة من الطلاق البائن طبقاً لما جاء في المادة العاشرة من مرسوم ١٩٢٠.

---

* (مادة ٣٢، إذا اشترطت الكفاءة حين العقد أو أخبر الزوج أنه كفؤ ثم تبين أنه غير كفء كان لكل من الولي والزوجة طلب فسخ العقد).

الشروط القانونية

أضافت قوانين الأحوال الشخصية الصادرة في عام ١٩٢٠ ، ١٩٢٩ شروطاً لا تؤثر على انعقاد الزواج ولا صحته ولا تمنع من نفاذه ولا لزومه وإنما قصد بها الاستجابة للمصالح الاجتماعية طبقاً لنظر المصلحين المحدثين، وإنما تتمثل هذه الشروط في توثيق الزواج وتقييد زواج الصغار، وأوضحهما فيما يلي :

١ـ توثيق الزواج :

أولى المصلحون المحدثون عناية خاصة لموضوع توثيق الزواج في سجلات موثقة تشرف عليها أجهزة إدارية، وذلك لمنع ادعاء الزواج أو جحده وإنكاره زوراً وكذباً بعد اتساع المجتمعات والمدن وصعوبة تحقق القاضي من صحة دعاوي الزواج والنسب والتوارث والنفقةفي هذه الظروف وخطورة ضياع الحقوق في هذه المجالات، فمست الحاجة إلى نظام للتوثيق يعين القضاة على الحكم بجهد يسير.

ولا يخفى وضوح الاتجاه في التشريع الإسلامي إلى توثيق الحقوق وإلى الاعتماد على الكتابة في هذا التوثيق. وكان نمو علم الشروط والمكانة التي استحقها هذا العلم بين علوم الفقه الإسلامي دليلاً على بروز هذا الاتجاه وقوته.

ومن جهة أخرى فإن وجود الكتبة الرسميين الذين كانوا يوثقون العقود ويشهدون عليها ولا يزاولون مهنتهم الا بإذن من القاضي، والذين كان يطلق عليهم (العدول) أحياناً، دليل هو الآخر على سعي القضاة إلى التشجيع على وجود نظام توثيق الحقوق وتدوينها على نحو رسمي يخضع

لإشرافهم ويمكنهم الاطمئنان إليه في عملهم.

ولتحقيق هذا الهدف في العصر الحديث فيما يتعلق بتوثيق عقود الزواج والطلاق صدرت لائحة المأذونين في ٧/ ٢/ ١٩١٥ لتحديد واجباتهم وكيفيات عملهم . غير أنه كان لابد من حث الناس على اللجوء إلى هؤلاء المأذونين لتوثيق عقودهم فقضت المادة التاسعة والتسعون من لائحة المحاكم الشرعية أنه لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية في الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ أي بعد نشر هذه اللائحة بشهرين وعشرة أيام تقريباً.

ولا تشترط هذه المادة نفسها لإثبات الزواج المنعقد قبل عام ١٨٩٧ سوى شهادة الشهود مع التسامع بالنكاح بين الناس وشهرته لهم. أما فيما بين ١٩١١ وعام ١٩٣١ فلا يثبت الزواج الا إذا كان ثابتاً بأوراق رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك .

وقد يوضح ذلك حكم محكمة النقض بتاريخ ١٠/ ٣/ ١٩٧٦ ففي قضية ميراث كانت محكمة الاستئناف قد قضت بحق المستأنف في ميراث جدته من جهة أبيه التي توفيت في نوفمبر ١٩١٩ عن أبناء لها ومن بينهم والد هذا المستأنف فيرثونها تعصيباً، وتدل الأوراق الخالية من شبهة التزوير أنها كانت تزوجت بجد المستأنف لأبيه قبل عام ١٨٩٢ . وقد طعن المستأنف عليهما أمام محكمة النقض بناء على أن هذه السيدة ماتت دون أن تترك أولاداً فتؤول تركتها إلى عمها، وأن زواجها المزعوم لا تشهد له وثيقة رسمية مع أن لائحتي ترتيب المحاكم الشرعية الصادرتين عام ١٨٨٠، و ١٨٩٧ تطلبتا هذا التوثيق وألزمتا به .

وقد رفضت محكمة النقض الطعن المقدم إليها بناء على أن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لسنة ١٩٣١ لم توجب لسماع الدعوى توثيق الزواج في العقود التي ترجع إلى عام ١٩١١ وما قبله، ويكفي لسماع الدعوى المقامة من غير الزوجين بعد وفاتهما إثبات الزواج بأوراق خالية من شبهة التزوير.

ولم يورد القانون تحديداً لماهية هذه الأوراق فيترك أمر تقديرها للقاضي الذي يفصل في النزاع. وتدل المستندات المقدمة والخالية من شبهة التزوير أنها كانت تزوجت بجد المطعون عليه قبل عام ١٨٩٢، وأنها أنجبت منه فيما يدل عليه عقد رهن حيازي مؤرخ في ١٨٩٢ تنازلت فيه عن أطيان ورثتها من أمها لابنها، وباعت بنتها في عقد بيع مؤرخ في ٢٢/ ١١/ ١٩١٥ أطياناً زراعية. وقد أطمأنت المحكمة من هذا كله إلى ثبوت الزواج الواقع قبل عام ١٨٩٢، ولا يشترط وجود وثيقة رسمية لإثبات هذا الزواج وسماع الدعوى المؤسسة عليه لهذا.

ولا يخفى أن الهدف من اشتراط التوثيق في الزواج لسماع الدعوى هو الحفاظ على حقوق الزوجين وأولادهما. لكن لا يؤثر عدم التوثيق في صحة الزواج؛ فلو تم الزواج بوثيقة عرفية وشهود، وكان مستوفياً لأركانه وشروطه صح هذا الزواج، وترتبت عليه الآثار الشرعية المختلفة، لكن لا تسمع الدعوى المتعلقة بحقوق الزوجين عند الإنكار في مثل هذه الحالة. أما لو أقر الزوج بهذا الزواج العرفي أمام المحكمة فإن دعوى الزوجية بحقوقها تسمع.

ولو تم الزواج بوثيقة عرفية، ومات الزوج، وطلبت الزوجة ميراثها

في دعوى إرث، وصدق الورثة الزواج ولم ينكروه، فإن للسائلة الحق في ميراث زوجها.

لكن لو تزوجت بوثيقة عرفية ورفعت دعوى بالنفقة لم تسمع هذه الدعوى لعدم وجود الوثيقة الرسمية الخالية من شبهة التزوير.

أما دعوى النسب فلا تزال باقية على حكمها المقرر في الفقه الإسلامي، من حيث جواز إثبات هذه الدعوى بالبينة. ولذا لو تزوجت بوثيقة عرفية ، وادعت أنها ولدت من هذا الزواج فلها أن تثبت الزوجية بوسائل الإثبات المختلفة من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين. ومن هذا يتضح أن إثبات البنوة أو حق الإبن في الميراث من أبيه لا يشترط فيه توثيق الزواج، وإنما يكفي فيه مجرد قيام البينة على الزواج. وذلك لأن قيام لنسب في الفقه الإسلامي مبناه الزوجية الصحيحة، ولا يشترط التوثيق لصحة الزواج، وإنما التوثيق شرط لسماع دعوى الزوجية أو الحقوق المترتبة عليها لأي من الزوجين. أما بالنسبة لحقوق الغير وهو نسب الولد الذي تأتي به الزوجة، فلا يشترط هذا التوثيق.

وقد جرى الفقه الإسلامي والعمل في البلاد الإسلامية على التوسع في إثبات الزواج، وجواز الشهادة بالتسامح، ورؤية الجيران للزوجين يعيشان معاً معيشة الأزواج، واستمر ذلك إلى أن صدرت هذه التطورات التشريعية الحديثة التي اشترطت توثيق الزواج لسماع الدعوى كما تقدم.

والمقصود بتوثيق الزواج هو تحرير عقده على يد موظف مختص بتحرير عقود الزواج ، وهو المأذون الذي نصت المادة ١٨ من لائحة المأذونين الصادرة بقرار وزير العدل في ٤ من يناير ١٩٥٥ على أنه يختص : «دون

غيره بتوثيق عقود الزواج وإشهادات الطلاق والرجعة والتصادق على ذلك بالنسبة للمسلمين من المصريين».

أما توثيق زواج المسلم بالكتابة، فقد أصبح من اختصاص مكاتب التوثيق.

وعقد الزواج من العقود التي أسبغ عليها القانون صفة الرسمية قصداً لاحترامها والحفاظ عليها من أي تزوير أو عبث بما هو مدون فيها. وقد جرم قانون العقوبات المصري الصادر عام ١٩٣٧ على التزوير في المحررات الرسمية، واستقر قضاء محكمة النقض على أن مناط العقوبة على التزوير في وثيقة عقد الزواج هو تعلق التزوير بتغيير الحقيقة فيما يتعلق بإثبات خلو أحد الزوجين من الموانع الشرعية مع العلم بقيام أي من هذه الموانع.

ولذا لو أقر الزوج في الوثيقة بخلو الزوجة من الموانع الشرعية المحرمة للزواج بها مع وجود أي من هذه الموانع، كأن يتزوج ببنت أخت زوجته التي لا تزال في عصمته أو بأخت مطلقته التي لا تزال في العدة، فإنه يكون مرتكباً لجريمة التزوير المعاقب عليها قانوناً.

ولا يعذر الزوج بالجهل بالأحكام الشرعية في ذلك، لأن الجهل بالقانون ليس عذراً.

٢ـ تقييد زواج الصغار:

لايمتنع زواج الصغار عند الأحناف والشافعية والمالكية والحنابلة، ويزوجهم الوالي برأيه وإدراكه لمصلحتهم• وترتيب الأولياء في الزواج على ترتيب الميراث في المذهب الحنفي، فيقدم الأب على الأخ الشقيق ويقدم

الأخ الشقيق على الأخ لأب ، ويقدمان على العم الشقيق، كما يقدم العم الشقيق على العم!لأب. ومع ذلك فإن الأحناف يوجبون للصغار خيار البلوغ إذا زوجهما غير الأب والجد. وهذا هو ما جاء في المادة ٤٨ من الأحكام الشرعية ولفظها : « إذا بلغ الصغير والصغيرة واختارا فسخ النكاح الذي باشره غير الأب والجد لزمهما أن يرفعا الأمر إلى الحاكم ليفسخ النكاح إذا لم يوجد مسقط للخيار، فإذا مات أحد الزوجين قبل أن يفسخ الحاكم النكاح يرثه الآخر ويلزم كل المهر للمرأة أو لورثتها». أما إذا كان الأب والجد هو الذي زوجهما فلا خيار لهما عند البلوغ في هذا المذهب(١).

وقد اتجهت نية المجددين إلى مقاومة زواج الصغار الذي اعتبروه سبباً في ارتفاع معدلات الطلاق وفي الإضرار بالزوجة الصغيرة التي ما تزال من الناحية النفسية بحاجة إلى العيش في كنف أسرتها، ولا تستطيع تحمل مسئوليات الزواج والاعتماد على النفس في ظروف تعقد الحياة الاجتماعية الحديثة. ويد الحل في مصر بالاعتماد على الأسلوب السابق نفسه، وهو أسلوب المنع من سماع دعوى الزوجية إذا قلت سن الزوجين أو سن أحدهما عن حد معين.

---

(١) المذهب الحنفي أكثر المذاهب توسعاً في تزويج الصغير والصغيرة يتضح ذلك بالنظر رلى أن مالكاً لم يجز لغير الأب أو وصيه هذا التزويج، وأجازه الشافعي للأب والجد في تزويج الصغيرة وللأب وحده في تزويج الصغير. ويجيز الحنابلة للأب ووصيه تزويج الصغير والصغيرة قبل بلوغهما تسع سنين، فإن زاد سنها عن تسع سنين كان لسائر الأولياء حق تزويجها بإذنها. راجع حاشية الدسوقي ٢٤٤/٢، والمهذب ٣٧/٢. وفي الفقه الإسلامي آراء أخرى تمنع من زواج الصغير قبل بلوغه، وهو رأي ابن حزم في المحلي ٤٥٨/٦، ويمنع ابن شبرمة من زواج الصغير والصغيرة، استئناساً بقوله تعالى « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح أي سن النكاح، فجعل له سناً معينة لا يجوز قبلها.

وجاء في المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أنه : «لاتسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة هجرية أو كانت سن الزوج تقل عن ثماني عشرة سنة هجرية إلا بأمر منا»·

ويستند المنهج الذي أخذت به هذه المادة إلى أمرين :

ـ أولهما موضوعي، وهو الحكم بصحة زواج الصغير والصغيرة وحق وليهما في تزويجهما إذا وجدت مصلحة، وحقهما في خيار البلوغ إذا كان الوالي الذي زوجهما غير الأب والجد ، وهو ما قضت به محكمة أبو تيج في ١/ ١٢/ ١٩٢٩ [1]· ويتفق هذا الأمر مع ما هو مدون في كتب المذهب الحنفي·

ـ والثاني : إجرائي يتمثل في المنع من سماع دعوى الزوجية إذا قلت سن أحد الزوجين عن هذا الحد المقرر في المادة ٩٩ المشار إليها، وذلك عند رفع الدعوى [2]· ويستند هذا الحكم بذلك إلى القاعدة الفقهية القاضية بحق ولي الأمر في تخصيص القضاء بالزمان والمكان والموضوع والشروط الأخرى·

غير أنه يلحظ على أسلوب المنع من الدعوى الملاحظات التالية :

---

(١) مجلة المحاماة الشرعية ٥١٦/١·

(٢) المنع من سماع دعوى الزوجية لعدم بلوغ هذه السن المحددة منع عام يشمل دعوى إثبات الزواج والدعاوي المتعلقة بآثار الزواج كالنفقة والطاعة· ولا يقصد بهذا المنع ضياع الحقوق، بل يكون بمثابة تأجيل للمطالبة بها زجراً للزوجين لمخالفتهما القانون· والقول بأن المنع قاصر على دعوى الزوجية وحدها قول بغير دليل طبقاً لما جاء في حكم محكمة سوهاج الجزئية الشرعية في ١٩٤٧/٢/٢· المرجع في قضاء الأحوال الشخصية للمصريين ، صالح حنفي ٦٤/١·

١ـ القاعدة التي يستند إليها هذا الأسلوب إنما تهدف إلى العمل علي تنظيم القضاء وترتيب ولايات المحاكم والدوائر القضائية، حتى لا تتعارض الاختصاصات والولايات• ولم تهدف هذه القاعدة إلى تأجيل الحماية القضائية والقانونية أو منع هذه الحماية عن طائفة من المدعين أو حق من الحقوق المحترمة إلا إذا وجد سبب موضوعي• أما أسلوب المنع من سماع دعوى الزوجية فيتضمن حجب الحماية القضائية عن الصغار الذين زوجهم أولياؤهم مع التسليم لأوليائهم بالحق في تزويجهم وتأجيل هذه الحماية إلى حين بلوغهم السن القانونية، وإذ يسلم المجددون الراغبون في الإصلاح بوقوع الظلم على هؤلاء الصغار بهذا الزواج، فإن هؤلاء المجددين قد اتجهوا إلى التخفيف من هذا الظلم بحل غريب، هو منع الحماية القضائية وإلزام القضاة بسد آذانهم عن المظالم والدعاوي المتعلقة بحقوق هؤلاء الصغار إلى حين بلوغهم السن المطلوبة• ولايختلف هذا الحل اليائس عن نصح الطبيب بتجاهل المريض إذا ارتفعت درجة حرارته أو أكثر أهله من زيارته•

٢ـ تمنع المادة الثالثة من لائحة المأذونين توثيق الزواج ما لم يبلغ الزوجان هذه السن المحددة (١٦ للزوجة و١٨ للزوج)• غير أن المادة الرابعة والثلاثين من هذه اللائحة منحت المأذون حرية واسعة للتحقق من بلوغ هذه السن• وذلك عن طريق شهادات الميلاد والمحررات الرسمية والشهادات الطبية المبينة لتاريخ الميلاد الاعتباري أو مجرد إقرار من اثنين من الأقارب ببلوغ السن القانونية للزوجين مصدقاً عليه من العمدة أو نائبه في بعض المحافظات (الوادي الجديد والبحر الأحمر ومرسى مطروح وسيناء).

وبالنسبة لأهالي النوبة كذلك، ويبرر هذا التساهل التساؤل عن مدى الجدية في مقاومة هذا النوع من زواج الصغار.

ومع ذلك فإن المادة ٢٢٧ من قانون العقوبات المصري قد عملت على تأكيد احترام سن الزواج المذكور بفرض العقوبة بالحبس مدة لا تتجاوز عامين أو بالغرامة التي لا تزيد عن ثلاثمائة جنيه أي شخص يدلي بأقوال غير صحيحة أو يقدم أوراقاً غير صحيحة تكون أساساً لعقد زواج من لم يبلغ السن القانونية، ويقع المأذون تحت طائلة العقاب بمقتضى المادة ذاتها إذا قام بعقد الزواج مع علمه بأن أحد طرفيه لم يبلغ السن المحددة في القانون.

٣- يستشعر المرء نوعاً من التناقض بين التسليم بحل زواج الصغار وبين المنع من سماع الدعاوي المتعلقة بزواجهم. والأوفق العمل على رفع هذا التناقض باتباع أحد سبيلين:

- أولهما: إجراء الدراسات الميدانية للتحقق من الظاهرة وأسبابها ونتائجها والتأكد من حجم المشكلة، فإن انتهت البحوث الميدانية التي يجريها خبراء عدول يوثق في كفاءتهم إلى إثبات المعاناة والضرر بالصغار فإن لنا أن نرجح العمل برأي ابن حزم وابن شبرمة للمصلحة ودفع المفسدة عن هؤلاء الصغار.

- والثاني: إسناد زواج الصغار إلى الأولياء شريطة وجود مصلحة محددة لهؤلاء الصغار في الزواج، بحيث يتأكد القاضي بنفسه من ثبوت هذه المصلحة ولا يأمر بتوثيق الزواج إلا إذا اطمأن إلى تحقيق هذه المصلحة، مع التأكد في الوقت نفسه من انتفاء المضار الصحية والنفسية، والا لم

يأذن القاضي بهذا الزواج، حتى إذا وجدت المصلحة ، لأن دفع المفاسد مقدم على جلب المصالح في الفقه الإسلامي[1].

أما توثيق الزواج، فالحل فيه أيسر ولا يتطلب التهديد بمنع سماع دعوى الزوجية وحجب الحماية القضائية عن الذين لا يقومون بتوثيق زواجهم. ويكفي التهديد بالعقوبة الزاجرة عن إهمال التوثيق بفرض غرامة مالية مناسبة على كل من اشترك أو يسر أو سكت ولم يبلغ قبل الدخول في أحوال عدم توثيق الزواج. ولا مانع من العقوبة بالحبس إذا كان الباعث على عدم التوثيق غير مشروع من مثل الرغبة في كتمان الزواج وسريته أو منع أحد الطرفين من الميراث أو استغلال ظروفه أو ما إلى ذلك. وإنما جاز فرض مثل هذه العقوبات من الناحية الشرعية للتقصير في حماية الحقوق الناشئة عن الزواج لحفظ حقوق الزوجين والأولاد وغيرهم في ظروف اتساع المجتمعات الحديثة وكثافة المدن وسهولة التنقل. وتزيد العقوبة بخطورة المخالفة طبقاً لمبدأ التناسب بين الجريمة والعقوبة، وهذا المبدأ الذي يستند عليه الفقهاء في تعيين العقوبات التعزيرية، هو ما يمكن أن نلاحظه بوضوح عند الرجوع إلى باب التعزير في بدائع الصنائع للكاساني على سبيل المثال.

---

(١) اتجه قانون الأحوال الشخصية السوري ١٩٥٣ إلى الأخذ برأي ابن شبرمة ومن وافقه في عدم صحة زواج الصغار مراعاة لمصلحتهم ومصلحة المجتمع في استقرار أحوال الأسرة. وفي هذا نصت المادة (١٥) من هذا القانون على أنه : «يشرط في أهلية الزواج العقل والبلوغ». وحددت المادة (١٦) سن البلوغ على هذا النحو : «تكمل أهلية الزواج في الفتى بتمام الثامنة عشرة وفي الفتاة بتمام السابعة عشرة من العمر».

ومن الجدير بالملاحظة أن مرسوم ١٩٦١ م الباكستاني قد أخذ يفرض عقوبة تصل إلى الحبس فترة أقصاها شهر واحد والغرامة بما لا يزيد على ألف روبية في أحوال تزويج الصغار. وإنما تقع هذه العقوبة على الزوج إذا زاد سنه عن ثمانية عشر عاماً وعلى الأولياء والشهود والموثقين وعلى كل من اشترك في تيسير إجراء مثل هذا العقد. وأخذ هذا المرسوم كذلك بالا يقل سن الزوجة عن ست عشرة سنة وسن الزوج عن ثماني عشرة سنة .

ومن الجدير بالملاحظة كذلك أن قوانين البلاد الإسلامية والعربية قد اشترطت توثيق الزواج وعملت بشكل عام على تقييد زواج الصغار، دون أن تمنعه سواء باتباع الأسلوب الباكستاني : فرض العقوبة، أو الأخذ بالأسلوب المصري، وهو المنع من سماع دعوى الزوجية، وأجدني أميل إلى أسلوب فرض العقوبة في الحالين تلافياً للمشكلات التي أظهرها الاعتماد على الأسلوب الآخر مع منع المأذونين من توثيق الزواج إذا لم يوجد المحرر الرسمي الذي يثبت السن إلا إذا تأكد من حال الطالبين للزواج أنهما بلغا السن القانونية، ويرفع الأمر إلى القاضي في الأحوال التي يتشكك فيها. ويلزم تجنب الاعتماد في معرفة بلوغ الزوجين السن القانونية على هذه الشهادات الطبية التي يعرف الجميع أنها ليست جديرة بالثقة المنوطة بها في هذا الشأن.

الأحكام المترتبة على عقد الزواج :

تتنوع الأحكام المترتبة على عقد الزواج والآثار التي ينشئها هذا العقد بحسب طبيعته، وتوافر الشروط المختلفة التي سبق ذكرها بالتفصيل التالي :

الأحكام المترتبة على عقد الزواج الصحيح النافذ

يعد عقد الزواج صحيحاً نافذاً إذا اجتمعت شروط انعقاده وصحته ونفاذه على النحو الذي سبق توضيحه. وتترتب على مثل هذا الزواج آثاره الشرعية سواء كان لازما أو غير لازم، وأهم هذه الآثار ما يلي:

١ـ ثبوت حق الزوجة في المهر المسمى إذا اتفق الزوجان عليه، أو في مهر المثل إذا لم يتفق الزوجان عليه، طبقاً لما سيأتي بيانه.

٢ـ ثبوت حق الزوجة في النفقة ما لم تخرج عن طاعة الزوج.

٣ـ ثبوت الحق في العشرة الزوجية.

٤ـ ثبوت نسب الولد الذي تأتي به الزوجة إذا أتت به لأكثر من ستة أشهر من تاريخ عقد الزواج.

٥ـ ثبوت حق الزوج في طاعة زوجته له وقرارها في منزل الزوجية.

٦ـ ثبوت حق الإرث بين الزوجين، وقيام حرمة المصاهرة على النحو الذي يأتي توضيحه.

أحكام الزواج الباطل:

يحكم ببطلان الزواج إذا حدث الخلل في ركن من أركانه، أو فقد شرطاً من شروط انعقاده السابقة الذكر.

وحكم هذا النوع من الزواج فيما يلي:

١ـ لا يترتب على الزواج الباطل أي أثر قبل الدخول، وبعد وجوده قبل الدخول كعدمه. ويجب على أطراف مثل هذا الزواج العدول عنه،

ويجيزهما القاضي على ذلك إعل به، وإن علم به أحد الناس رفع الأمر إلى القاضي حتى يفرق بينهما.

٢ـ لا تحل العشرة الزوجية بالعقد الباطل، ولا يثبت به نسب ولا ميراث ولا نفقة.

٣ـ يفيد العقد الباطل شبهة تمنع إقامة حد الزنا إذا حدثت المعاشرة بين الزوجين. وهذا مذهب أبي حنيفة. لا يمتنع مع ذلك أن يعاقبهما القاضي على هذه المعاشرة المحرمة عقوبة تخف عن عقوبة الحد. لكن ذهب جمهور الفقهاء إلى أن العقد الباطل لا يمنع من إقامة حد الزنا على المعاشرة المحرمة إذا كان طرفاه مكلفين عالمين بالتحريم والبطلان.

ويعد الزواج باطلاً إذا كانت الزوجة من المحارم التي لا تحل للزوج، سواء كانت هذه الحرمة مؤبدة أو مؤقتة، كما إذا كانت زوجة للغير أو معتدته أو لا يحل الجمع بينها وبين من هي في عصمته.

أحكام الزواج الفاسد:

أما الزواج الفاسد، وهو الذي حدث الخلل فيه في الإشهاد وعليه أو في عدم حل الزوجة ، كأن كانت محرمة عليه حرمة مؤقتة، كما لو تزوج امرأة في عدتها، أو تزوج أخت امرأته بعد طلاقها وقبل انقضاء عدتها. وأهم أحكام الزواج الفاسد فيما يلي:

١ـ لا يترتب على العقد أي أثر من آثار الزواج قبل الدخول، فلا يجب به مهر، ولا تحل به العشرة الزوجية، وعلى طرفي العقد فسخه، ويفرق بينهما القاضي إن ظفر بهما. ولا فرق قبل الدخول بين الزواج الباطل والفاسد.

٢ـ أما إذا دخل الزوج بزوجته فتثبت نسب الأولاد الذين تأتي بهم الزوجة من هذا الزواج، وتجب العدة على الزوجة إن افترقا وتثبت به حرمة المصاهرة. ويجب للزوجة بعد الدخول الأقل من المهر المسمى المتفق عليه بين الطرفين ومن مهر المثل. فإذا كان المهر المتفق عليه مائة ومهر المثل سبعين استحقت السبعين.

الآثار المترتبة على الزواج الموقوف:

اتضح مما سبق أن الزواج الموقوف هو الزواج الذي فقد شرطاً من شروط نفاذه، كما لو باشر العقد فضولي أو ولي بعيد مع وجود من هو أقرب منه، والأحكام المترتبة على هذا العقد أنه ينعقد صحيحاً ولكن آثاره لا تنفذ إلا بإجازة من له الحق في الإجازة. فإذا أجازه صاحب الحق كا نافذاً وإن أبطله بطل. ولذا لو عقد عقد الزواج ولى بعيد وأجازه الولي الأقرب كان نافذاً، وإن أبطله الولي الأقرب بطل العقد وصار كأن لم يكن.

الفصل الثالث

الخيارات والشروط في الزواج

الفصل الثالث

الخيارات والشروط في الزواج

الخيارات:

شرعت الخيارات في العقود تفريعاً على أصل الرضا المعتبر ركناً لها ، والسبب في الالتزام بأحكامها. وتتنوع هذه الخيارات المعروفة في نظرية العقد الفقهية إلى :

١ـ خيار الرؤية الذي يعني به إعطاء الحق لمن له الخيار في رؤية المعقود عليه وفسخ العقد إذا لم يرض به بعد الرؤية. ويخالف فيه الشافعية والمالكية والحنابلة. ويثبته الأحناف بنص الشارع لا باتفاق المتعاقدين عليه [١]. وإنما يثبت هذا الخيار عند الأحناف في العقود التي تحتمل الفسخ كالبيع والإجارة والقسمة والصلح على مال على شئ معين ، أما العقود التي لاتحتمل الفسخ كعقد النكاح فلا يثبت فليه خيار الرؤية باتفاق العلماء،

(١) انظر مادة ٣٢٩ من مرشد الحيران لقدري باشا.

ولذا لو تزوج امرأة لم يرها أو تزوجت رجلاً لم تره فلا خيار لأي منهما إذا ظهر الآخر على خلاف مراده.

٢ـ خيار الشرط هو أن يشترط أحد العاقدين أو كلاهما لنفسه أو لغيره حق نقض العقد أو فسخه في مدة معينة بحيث يلزم العقد إذا انتهت هذه المدة المعينة ويسقط العقد. والأصل ألا ينعقد العقد بهذا النوع من الخيار، لأنه تعليق للعقد على إرادة أحد العاقدين وتأخير لترتيب آثاره إلى بعد مضي هذه المدة المتفق عليها إذا رأى صاحب الخيار إمضاء العقد.

غير أنه جاز للمصلحة ، حيث يجد العاقد نفسه أحياناً بحاجة إلى التروي والمشورة أو يخشى فوات الصفقة فيبرم العقد ويشترط لنفسه الحق في فسخه . وقد أجازه الفقهاء لمدة ثلاثة أيام فأقل ومنع الشافعية وأبو حنيفة الزيادة على ذلك وجعل المالكية مدة الخيار تابعة لنوع التصرف. فيكفي الخيار يوماً في بيع شئ كثوب ، ويجوز الاتفاق على شهراً أو شهرين في بيع الدار.

وإنما يكون خيار الشرط في العقود اللازمة التي تقبل الفسخ كالبيع والإجارة والرهن والقسم والكفالة. أما عقود المشاركات فلا يجوز اشتراط الخيار لكونها عقوداً جائزة ، لكل من الطرفين حق فسخها والخروج منها، ولا يجوز اشتراط الخيار كذلك في العقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ كالنكاح.

٣ـ خيار العيب : هو الحق في فسخ العقد لوجود عيب في المعقود عليه، مما لا يتسامح فيه الناس في العادة، ويؤثر على الرضا بالعقد نفسه، توضيح ذلك أنه إذا اشترى شخص لبنا فوجده مغشوشاً أو فاسداً فإن له حق الرد

بالعيب، لأنه ما رضي بشراء مثل ذلك ، وإنما يثبت خيار العيب بالشرع لا بالشرط والاتفاق، ومع ذلك فإنه يجوز الاتفاق عند الأحناف علي إسقاطه، كأن يشترط البائع البراءة من العيوب فيسقط حق المشتري في الرد بذلك ٠

وإنما يثبت خيار العيب في العقود اللازمة التي تحتمل الفسخ كالبيع والإجارة والقسمة، وذلك باتفاق العلماء٠ أما العقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ كالنكاح فلا يثبت فيها خيار العيب عند الأحناف حتى لو اشترطه أحد العاقدين٠

وقد جاء في المادة (١٦) من الأحكام الشرعية إجمال مذهب الأحناف في الخيارات في النكاح على وجه العموم، ونصها : «لايثبت في النكاح خيار رؤية ولا خيار شرط ولا خيار عيب سواء جعل الخيار للزوج أو للزوجة، فإذا اشترط الزوج في العقد شفاهاً أو بالكتابة جمال المرأة أو بكارتها أو سلامتها من العيوب أو اشـ طت المرأة سلامته من الأمراض والعاهات فالعقد صحيح والشرط باطل، حتى إذا وجد أحدهما صاحبه بخلاف ما اشترط فليس له الخيار في فسخ النكاح ، وإنما يكون الخيار بشروطه للمرأة إذا وجدت زوجها عنيناً أو نحوه»٠

وتكفي الإشارة إلى أحكام هذه المادة لتوضيحها على النحو التالي :

١ـ لا يثبت عند الأحناف في النكاح خيار رؤية ولا خيار شرط ٠

٢ـ لا يثبت عند الأحناف خيار عيب في عقد النكاح للزوج مطلقاً، لأنه يملك استعمال حقه في الطلاق لرفع قيد الزوجية ممن لا يريدها دون خوض في حقها أمام المحاكم٠

٣- لا يثبت في الرأي الراجح عند الأحناف خيار عيب للزوجة إلا إذا وجدت في زوجها عيباً لا يمكنه من القيام بواجباته الزوجية، وهو العاجز أو العنين في الاصطلاح الفقهي. ومستند الأحناف فيما يذكر الكاساني إجماع الصحابة فإن عمر قضى «في العنين أنه يؤجل سنة فإن قدر عليها والا أخذت منه الصداق كاملاً وفرق بينهما وعليها العدة». وروي عن ابن مسعود رضي الله عنه مثله ، وروي عن على رضي الله عنه أنه قال : «يؤجل سنة فإن وصل إليها وإلا فرق بينهما». وكان قضاؤهم بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم، ولم ينقل أنه أنكر عليهم أحد منهم فيكون إجماعاً[1].

وقد سبقت الإشارة إلى ما أخذ به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ في هذا الأمر، وقد خرج القانون في هذا عن الراجح من مذهب أبي حنيفة وأخذ بمذهب مالك في تفسير العيوب التي تجيز للزوجة طلب التفريق بها، والتي أورد القانون بعضها على سبيل التمثيل لا الحصر، وأشار في المادة الحادية عشرة منه إلى الاستعانة بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ

---

(١) بدائع الصنائع ٢/٣٢٣. وفي حكم محكمة دمياط بتاريخ ١٩٣٠/١/٦ ما يوضح حق الزوجة في التفريق للعجز الجنسي الكامل. وقد جاء في منصوص هذا الحكم أن واجب الزوج أن يواقع زوجته مرة واحدة أثناء الزوجية، وليس لهذا زمن معين، فقد تكون هذه المواقعة في أول مدة الزوجية أو فيما يلي ذلك . ويثبت على الزوج العجز إذا لم يقم بهذا الواجب. ويترتب على ثبوته حق الزوجة في طلب التفريق، إلا إذا تزوجته عالمة بهذا العيب فلا حق لها في طلب ذلك، ولما كانت المدعية قد تزوجت بالمدعي عليه وهي تعلم أنه قاصر وليس في مقدوره إتيانها فقد أسقطت حقها في الوطأة المذكورة. وعلى فرض أن الزوج لم يصل إليها فلا حق لها في النفور من عدم وصوله إليها ولا أن تطلب التفريق من أجل ذلك .

الزواج من أجلها وهو ما يدل على التوسع في العيوب الموجبة للفسخ.

وطبقاً لما جاء في المادة التاسعة فإنه يشترط للتفريق بالعيوب الشروط التالية:

١ - أن يكون العيب مستحكماً شديداً.

٢ - أن يكون البرء منه غير ممكن في العادة أو ممكناً بعد زمن طويل.

٣ - تضرر الزوجة من استمرار الحياة الزوجية مع وجود هذا العيب.

٤ - عدم علمها بالعيب وعدم رضاها به عند علمها به، سواء حدث هذا العيب قبل العقد أم بعده.

فإذا طلبت الزوجة التفريق لعيب في زوجها، وحكم أهل الخبرة إفر هذه الشروط في العيب الذي تنسبه للزوج حكم بالتفريق بينهما.

وعلى الرغم من أخذ القانون بمذهب مالك والجمهور في تحديد العيوب التي يفسخ بها الزواج بطلب الزوجة فإنه لم يعط هذا الحق نفسه للزوج إذا وجد بزوجته أي عيب من هذه العيوب التي توافرت فيها هذه الشروط مخالفاً بهذا مذهب الجمهور الذي أخذ به في تحديد مفهوم العيوب المسوغة للتفريق ومستنداً إلى الرأي الراجح في المذهب الحنفي في منع الزوج من طلب الفسخ بالعيوب.

وبهذا فإن القانون يأخذ بالتحديد في العيوب الموجبة للتفريق برأي الجمهور على حين يمنع الزوج من المطالبة بالتفريق أخذاً برأي الأحناف، وإنما يقع التفريق بطلب الزوجة وبحكم قضائي ويحتسب الحكم بالتفريق طلاقاً بائناً فيما نصت عليه المادة العاشرة أخذ بمذهب أبي حنيفة والمالكية.

خلافاً للشافعية والحنابلة الذين اعتبروا هذا التفريق فسخاً لا طلاقاً[1].

وبهذا فإن ما أخذ قانون ١٩٢٠ في التفريق بالعيب نموذج للتلفيق من المذاهب المختلفة بغية تخفيف المعاناة عن الزوجات في ظروف الحياة الحديثة. ويرقى هذا التلفيق إلى أن يكون نوعاً من الإجتهاد المستقل الذي تشكلت عناصره من التفسيرات الفقهية السابقة.

الشروط المقترنة بعقد الزواج

تقديم:

الشرط في اللغة هو الإلزام بالشيء والالتزام به، والمقصود بالشروط المقترنة بالعقد هذه الالتزامات الناشئة باتفاق العاقدين زيادة على الآثار التي يرتبها العقد، وتعد من مقتضاه بحكم الشرع أو تحديداً لهذه الآثار.

توضيحه أنك إذا اشتريت قماشاً من شخص بمائة جنيه واشترطت عليه أن يسلمه لأخيك. فإن هذا العقد بيع، ومقتضاه أو أثره الذي رتبه الشرع هو وجوب تسليم المشتري الثمن، ووجوب تسليم البائع المبيع للمشتري. والشرط الزائد على هذا المقتضى أن يتم التسليم لأخيك أو لشخص آخر تشترطه. وقد يحتمل أن يتوقف رضاك بالشراء على رضا البائع بالتسليم للشخص الذي تشترطه. وإذا اتفقت في المثال نفسه على دفع الثمن بالتقسيط على ثلاثة أشهر فإن هذا الاشتراط يرد على مقتضى العقد وأثره لتحديده. ويتعين لفهم الشروط المقترنة بالعقد الالتفات إلي المعاني التالية :

(١) المبدع ١٠٢/٧، ومغني المحتاج ٢٠٣/٣، ومواهب الجليل ٤٨٧/٣.

١- ينشأ العقد باتفاق العاقدين ورضاهما. أما أحكامه وآثاره فلا ترجع إلى إرادتهما وإنما ترجع إلى جعل الشارع وإرادته ، وهذا هو معنى قول الفقهاء بأن العقود أسباب جعلية شرعية وليست أسباباً منطقية أو طبيعية تفضي إلى آثارها بذواتها. ولهذا كان لكل عقد مقتضاه أو أحكامه وآثاره التي رتبها الشارع على العقد.

٢- القصد من تعيين الشارع لمقتضيات كل عقد وأحكامه هو الحفاظ على التوازن بين الواجبات المتقابلة لأطراف التعاقد، حتى لا يطغى طرف على طرف، استغلالا لحاجة أو لضعف أو لطارئ من الطوارئ، مما هو مشاهد في عقود التوظيف والنقل. وقد شاع أن العدل هو الأساس لأحكام المعاملات الشرعية.

٣- لا يعني تحديد الشارع لمقتضيات العقود أنه لا دخل لإرادة المتعاقدين في تحديد الالتزامات الإضافية التي تحقق مقصودهما من التعاقد. وهذه الالتزامات التابعة التي تنشأ بالشروط والاتفاق هي ما يسمى بشروط العقد، واختلف حكم الفقهاء عليها لاختلافهم في إدراك علاقتها بمقتضى العقد. وفيما يلي تقسيم الشروط باعتبار علاقتها بمقتضيات العقود.

الشروط الموافقة لمقتضى العقود:

لا خلاف بين الفقهاء على صحة الشروط الموافقة لمقتضى العقد. من ذلك أن عقد الزواج يوجب الطاعة على الزوجة والمهر والنفقة على الزوج، فإذا اشترطا أيا من هذه الشروط في العقد صح اشتراطهما ولزمهما ، لا بمقتضى الشرط ولكن بجعل الشارع وحكمه . ويدخل في هذا النوع من

الشروط ما أطلق عليه الأحناف والمالكية والحنابلة «الشرط الملائم لمقتضى العقد»، كاشتراط أخذ كفيل بالمهر أو إعداد سكن الزوجية وتأثيثه ، أو تعيين نفقة مشترطة يتفق عليها، أو اشتراط كفيل للزوج بالنفقة أو رهن ببعضها ·

ويطلق على هذا النوع من الشروط الملائمة «في اصطلاح الشافعية» وبعض الحنابلة يطلقون عليها الشروط المتعلقة بمصلحة العقد ولا يخفى أن إلحاق الشروط الملائمة لمقتضى العقد والمؤكدة لمصلحته بما هو من مقتضاه قد ضمن اعتراف الفقه الإسلامي في مذاهبه المختلفة بسلطان الإرادة في تنظيم العلاقات الاتفاقية ·

الشروط المناقضة لمقتضى العقد:

يعني بهذا النوع من الشروط الاتفاقات المخالفة للأحكام التي رتبها الشرع على العقد، كاشتراط ألا نفقة للزوجة ولا مهر ولا توارث بينهما أو أن يطلقها بعد شهر أو لا يدخل بها أو أن تنفق عليه وعلى الأولاد، فهذه كلها شروط تتناقض مع أحكام العقد وآثاره ومقتضاه والمقصود منه في الشرع·

ولا خلاف في بطلان هذا النوع من الاتفاقات المخالفة لمقصود الشارع من شرع عقد الزواج· غير أن السؤال الذي يتطلب مجهوداً خاصاً هو مدى تأثير فساد هذه الشروط على العقد نفسه ·

يتفق الفقهاء ـ على نحو عام ـ على صحة العقد وبطلان الشرط إذا لم يتناقض الشرط مع المقصود الأصلي للعقد، وهو حل العشرة الزوجية ،

لكن لو ورد الشرط بما يخالف ذلك كالاتفاق على عدم العشرة فإن الشرط والعقد يبطلان. أما إذا ورد الشرط على أمر غير ذلك كاشتراط عدم المهر أو عدم النفقة فإن الشرط يبطل ويصح العقد. ولو اشترطت عليه أن يطلق ضرتها فوافق وعقد عليها فإن الشرط لا يلزم لمخالفته النص. فقد نهى * المرأة أن تسأل طلاق أختها لتستفرغ صحفتها فإنما لها ما قدر لها .

الشروط التي جرى بها العرف:

تصح الشروط غير المناقضة لمقتضى العقد إذا جرى بها عرف، كاشتراط تأجيل بعض المهر إلى حين وفاة أي منهما أو حدوث الفرقة، فهذا شرط جرى به العرف ويعد ملائماً لمقتضى العقد ومن مصلحته . بدلالة جريان العرف به ، إذ يتبع العرف العام المصلحة في أغلب الأحوال. ومن ذلك الاتفاق على تأثيث منزل يناسب وضع الزوجة الاجتماعي. وقد أقر الأحناف والمالكية والحنابلة صحة هذا النوع من الشروط على نحو ضمن لمذاهبهم تأكيد الاعتراف بسلطان الإرادة في تحديد التزامات المتعاقدين.

وقد نصت مجلة الأحكام العدلية في مقدمتها على القواعد الفقهية المؤكدة لدور العرف في تنظيم العلاقات التعاقدية ، فعبدت الطريق أمام القضاة بهذا للاستجابة للمصالح الاجتماعية التي أظهرتها الأعراف التجارية الحديثة. والقاعدة الفقهية العامة التي تفرعت عنها قواعد فقهية عديدة هي : «العادة محكمة».

ومن المؤكد أن الاعتراف بصحة الشروط المؤكدة لمقتضى العقد والملائمة لها والشروط التي جرى بها العرف قد يسرت حرية الاشتراط في التعاقدات في الفقه الإسلامي. وقد خالف الشافعية في الشروط التي جرى

بها العرف ولم يحكموا بصحتها إلا إذا كانت من مصلحة العقد ، ولذا يعد مذهبهم أضيق المذاهب الأربعة في الاعتداد بحرية الإرادة في التعاقد·

الشروط الأخرى:

بقيت الشروط غير المنافية لمقتضى العقد وغير الملائمة لهذا المقتضى مما فيه نفع لأحد الطرفين· ذهب الشافعية والمالكية والأحناف إلى حظر هذا النوع من الشروط، لأن هذه المنفعة المشروطة لا يقابلها عوض في التزامات من اشترطها فيختل التوازن في التزامات العاقدين· وهذا هو المعنى الذي حرم الشارع الربا والغرر من أجله · ومع ذلك فإن الحنابلة قضوا بصحة هذه الشروط ما دامت لا تناقض أصلاً شرعياً·

ويستدل الحنابلة على مذهبهم في تصحيح هذه الشروط غير المناقضة للأصول الشرعية بقول ﷺ : «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»· وبقوله : «أحق الشروط ان توفوا به ما استحللتم به الفروج»· ويروي عن عمر في هذا المعنى أنه قضى في رجل تزروج امرأة وشرط لها دارها، أي لا تسكن إلا في دارها، ثم بدا له أن ينقلها إلى داره، بأن لها شرطها قائلاً : «مقاطع الحقوق عند الشروط»·

ويوضح ابن تيمية مذهب أحمد بن حنبل في الشروط بأنه يرى أن : «الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة ، ولا يحرم منها ويبطل الا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً عند من يقول به · وأصول أحمد المنصوصة أكثرها يجري على هذا القول· ومالك قريب منه· ولكن أحمد أكثر تصحيحا للشروط ، فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه، وكان قد بلغه في العقود والشروط من الآثار عن النبي ﷺ ما لا تجده

عند غيره من الأئمة فقال بذلك وبما في معناه قياساً عليه»[1].

ولذا أفتى أحمد بتصحيح الشروط التي وجد لمن اشترطها غرض صحيح فيها، كأن تشترط المرأة على زوجها ألا يسافر بها ، وألا تنتقل من دارها وأن تكون مخلية به فلا يتزوج عليها[2].

ويجيز أحمد كذلك على الرواية المنصوصة عنه عن طائفة من أصحابه أن يشترط أحدهما صفة مقصودة في الآخر كاليسار والغنى ، وكونه ذا مال، وكالجمال والسلامة من العيوب والعاهات والأمرض، وكالشباب وحداثة السن أو البياض أو السواد، ومعنى صحة الشرط أن يكون ملزماً وأن يحق للمشتري المطالبة بفسخ العقد إن فات الشرط لأنه ما رضي بالعقد إلا به .

ومن الجدير بالذكر أن اللجنة التي تشكلت سنة ١٩٢٦ لإصلاح قوانين الأسرة قد تضمنت مقترحاتها أنه إذا اشترطت الزوجة في عقد الزواج شرطاً على الزوج فيه منفعة لها ولا ينافي مقاصد العقد كأن لا يتزوج عليها أو لا ينقلها إلى بلدة أخرى صح الشرط ولزم ، وكان لها حق فسخ الزواج إذا لم يف لها بالشروط ولا يسقط حق الفسخ إلا اذا أسقطته أو رضيت بمخالفة الشروط.

وقد جاء هذا المقترح في المادة التاسعة من مشروع اللجنة المذكورة. وجاء في المذكرة التفسيرية للمشروع أن اللجنة أخذت هذا الحكم من مذهب أحمد ابن حنبل، ولكنها قصرت الحق في الفسخ لمخالفة الشرط

---

(١) القواعد النورانية الفقهية لابن تيمية ، ص ٢١٠.

(٢) السابق ، ص ٢٠١.

على المرأة دون الرجل، مخالفة الإطلاق الوارد في المذهب، لأن الرجل يملك التخلص من عقد النكاح متى أراد بالطلاق.

غير أنه لم يؤخذ باقتراح اللجنة واستمر العمل في هذا الخصوص في مصر بالرأي الراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة الذي لا يجيز من الشروط سوى ما كان من مقتضى العقد أو ملائما له أو صح بالنص أو بالعرف على ما تقدم. ولعل علة عدم الأخذ بمذهب الحنابلة في الشروط فيما يذكره أبو زهرة ويوافقه عليه عدد من الباحثين هو الخوف من سوء استعمال الزوجة هذا الحق واحتمال إثارته للمنازعات وتغيير شكل الأسرة في المجتمعات الإسلامية.

وعبارة أبي زهرة في هذا : «لو أننا أخذنا بمذهب أحمد في الشروط المقترنة بالزواج لكانت آثار عقد الزواج متأثرة بإرادة العاقدين ويذهب عن الحياة الزوجية ما يحاط بها من قدسية ، ويقارب الزواج الإسلامي الزواج المدني الذي يعقد في المدن اللاهية في أوروبا وأمريكا ، يعقد لرغبة عارضة ويفسخ لمثلها . ولأننا لو جعلنا باب الشروط مفتوحاً والوفاء بها لازما لاضطربت الحياة الزوجية أيما اضطراب. ولنضر ب لذلك مثلاً كما لو اشترطا ألا ينقلها من بلدها، فإذا كانت مثلاً في القاهرة لا ينقلها إلى طنطا أو أسيوط أو أسوان. فإذا اضطره عمله إلى الإقامة في أسوان فإنه لا يسوغ له أن ينقل زوجه وولدها إليها، وتستمر العشرة الزوجية على هذا النظام هي في الشمال وهو في الجنوب لا يتقابلان إلا بشق الأنفس، فأي زواج هذا ؟ وأي بيت يتكون من هذين العشيرين؟ أو كيف تكون رعاية الأولاد بين هذين الأليفين المتباعدين؟ إ ذلك أمر قد اختاره وارتضاه واضعو ذلك

المشروع» ويستصوب أبو زهرة لهذا استمرار العمل بالمذهب الحنفي وترك أولى الأمر لما جاء بالمشروع الذي أعدته وزارة الشئون الاجتماعية بعد قيام الثورة بقليل، ومع ذلك يرى أبو زهرة صواب العمل بمذهب الحنابلة لإعطاء المرأة حق فسخ الزواج قبل الدخول بها إذا خالف الزواج ما اشترطته عليه ٠

ويستصوب لهذا ما جاء في المواد ٢٤، ٢٤، ٢٦ من مشروع قانون الأحوال الشخصية الذي اعده المكتب الفني لرياسة الجمهورية سنة ١٩٥٦ ، حيث جاء في المادة (٢٤) من هذا المشروع «يعتبر كل شرط متصل بمهنة الرجل أو حالته المادية أو حالة أسرته ويكون القبول قد تم على أساسه شرطاً صحيحاً، فإذا تبين خلافه كان للمرأة طلب الفسخ قبل الدخول» ٠

وفي المادة (٢٥) أنه : «يعتبر الفسخ بمقتضى المادة السابقة نقضاً للعقد من أساسه ويعود للمرأة ما عساه أن يكون لها من حقوق سقطت بالزواج»، وفي المادة (٢٦) أنه : «إذا تم الفسخ وفقاً للمادة (٢٥) فللزوج أن يسترد ما أداة من مهر إذا لم يكن قد اختلى بالزوجة خلوة صحيحة»٠

ورأي الدكتور محمد بلتاجي أن العمل بمذهب الحنابلة في الشروط المقترنة بالزواج يؤدي إلى كثير من المخاطر التي تتعرض معها الحياة الزوجية للتفكك والنزاع [١]، غير أن الدكتور محمد يوسف موسى يتجه وجهة أخرى ويرى أن الأخذ بمذهب الحنابلة في الشروط المقترنة بالزواج «فيه توسعة جد كبيرة على الناس ، وفيه ما يساعد على أن يكون في الفقه

---

(١) دراسات في أحكام الأسرة ص ٤٧، ١٨٧.

الإسلامي حلول لكثير من المشاكل التي تجد في علاقات الناس بعضهم مع بعض وبخاصة من ناحية الزواج»٠

وينقل في الاستدلال على هذا قول ابن تيميه : « مقاصد العقلاء إذا دخلت في العقود، وكانت من الصلاح الذي هو المقصود لم تذهب هدراً ولم تهدر رأساً كالآجال في الأعواض ونقود الأثمان المعينة لبعض البلدان والصفات في المبيعات والحرفة المشروطة في أحد الزوجين، وقد تفيد الشروط ما لا يفيده الإطلاق بل ما يخالف الإطلاق» أي عن الشروط ٠

ويرجع محمد سلام مدكور مذهب الحنابلة كذلك مقرراً أن مسلكهم في هذا «مسلك حميد فيه يسر على الناس ويتم معه الرضا كاملاً بالعقد الذي أسس التعاقد عليه ٠ وفي الأخذ به ما يمنع النزاع والشغب بين الزوجين ويساعد على تحقيق الحياة الزوجية السعيدة »٠

ويشير إلى أن المشروع الذي أعد عام ١٩٦٧ م قد تضمن الأخذ بهذا المذهب حيث جاء في مادته (٢٨) أنه : «إذا اشترط في عقد الزواج شرط ينافي أصله بطل العقد، مثل أن تشترط الزوجة الا يعاشرها معاشرة الأزواج أو أن يسمح لها بمعاشرة الرجال كما تشاء٠ فمثل هذين الشرطين ينافيان أصل العقد، إذ الأصل في عقد الزواج المعاشرة الجنسية القاصرة على الزوج وحده ، وإذا اشترط فيه شرط لا ينافي أصله ، ولكن ينافي مقتضاه أو كان محرماً شرعاً بطل الشرط وصح العقد مثل أن يشترط الزوج أن يتزوج المرأة بلا مهر أو ألاينفق عليها أو تشترط الزوجة أن يطلق زوجته الأولى فهذه الشروط باطلة ، إذ الشرطان الأولان ينافيان مقتضى العقد والشرط الثالث محرم شرعاً فيبطل الشرط ويصح العقد، وإذا اشترط فيه

شرط لا ينافي أصله ولا مقتضاه وليس محرماً شرعاً صح الشرط ووجب الوفاء به ∙ وإذا أخل به من شرط عليه كان لمن شرط له حق الخيار سواء أكان من جانب الزوجة أم من جانب الزوج∙ وأمثلة الشروط المذكورة هي أن تشترط الزوجة ألا يتزوج عليها وألا ينقلها من بلدها أو أن يكون خالياً من العيوب والعاهات والأمراض أو أن يشترط الزوج أن تكون الزوجة خالية من العيوب والعاهات والأمراض∙ والمحرم هو المتفق على تحريمه في المذاهب الأربعة ، وإذا اشترط أحد الزوجين في الآخر وصفاً معيناً فتبين خلافه كان للمشترط طلب فسخ الزواج، كما إذا اشترط الزوج أن تكون الزوجة بيضاء البشرة أو طويلة القامة∙ وكما اذا اشترطت الزوجة أن يكون زوجها متعلماً أو شاباً حديث السن فإذا تبين خلاف هذه الأوصاف كان للمشترط طلب فسخ الزواج ويسقط حق الفسخ باسقاط صاحبه أو رضاه بالمخالفة صراحة أو ضمناً∙

ولا يبدو التخوف على تماسك الأسرة واستقرارها مانعاً من الأخذ بمذهب الحنابلة، خاصة بعد تطبيق هذا المذهب فيما يتعلق بالشروط في بلاد إسلامية كثيرة دون أن يؤدي إلى تهديد التماسك والاستقرار المطلوبين ∙

ومن جهة أخرى فإن الخشية من اقتراب الزواج عندنا من الزواج المدني في الغرب ليست سبباً مقنعاً كذلك للعدول عن الأخذ بالمذهب الحنبلي في الشروط ، ولن يؤدي الأخذ بهذا المذهب إلى أي تغيير طالما بقيت العوامل الاجتماعية وقيم السلوك المحافظة على التماسك الأسري تفعل فعلها، وطالما تقيدت صحة الشروط بعدم مخالفة النظام الشرعي للأسرة∙ وبخصوص المثال المذكور فإن هذه السيدة التي اشترطت عدم

الخروج من بلدها سوف تقبل الذهاب مع زوجها الذي ذهب إلى أسوان لظروف عمله إذا اطمأنت إلى أمانة زوجها في معاملتها وإلى ضرورة الانتقال إلى أسوان لمصلحتهما معاً ما لم تكن لها مصلحة جوهرية في بقائها في بلدها. ولا يخفى أن الأخذ بنظرية الحنابلة في الشروط هو الأقرب إلى نظرية العقد في القوانين المدنية المعمول بها في البلاد العربية والإسلامية. ولن يكون أمراً مقبولاً أن تأخذ البلاد التي تطبق الشريعة في قوانينها المدنية برأي أبي حنيفة في الشروط في الزواج وبمذهب الحنابلة في سائر العقود الأخرى.

وإذا كان متأخرو الأحناف قد حكموا بتصحيح الشروط الجائزة في العرف، وهو ما أكدته المجلة العدلية، فإنهم يشتركون مع المذهب الحنبلي في أن آثار العقد يحددها الشرع واتفاقات الأطراف التي لاتخالف الشرع ويشهد لها العرف. ولا يختلفون مع الحنابلة إلا في الحكم بأن آثار الاتفاقات التي لا يشهد لها العرف ولو لم تخالف الشرع اتفاقات صحيحة عند الحنابلة وغير صحيحة عند الحنفية. وفي هذه الحدود أجد صعوبة بالغة في ترجيح أدلة الأحناف بعد أن فقدت مجرد تماسكها المنطقي.

ولا تغير جاذبية المذهب الحنبلي في العصر الحديث في ظروف اشتداد وعي الأطراف بحرياتهم وحقوقهم، ولا قوة أدلته الشرعية، شيئاً من الحقيقة الواقعة ، وهي أن العمل في مصر ما يزال على الرأي الراجح في المذهب الحنفي الذي لا يصحح من الشروط إلا ما كان من مقتضى العقد أو ملائماً له أو جاء به نص أو شهد له عرف، وذلك على الرغم من تتابع المشروعات على المطالبة بالأخذ بالمذهب الحنبلي في موضوع الشروط كلياً وجزئياً.

ويلاحظ أن الباكستان تتفق مع مصر في التزام قضائها بتطبيق المذهب الحنفي في الشروط المقترنة بالعقد، ولذا تواترت أحكام القضاء على إبطال الشروط المعتبرة مخالفة لمقتضى عقد الزواج أو للنظام العام Public Policy ولذا لو اشترطت عليه حريتها في السكن في منزل أبويها بعد الزواج كان هذا الشرط باطلاً غير واجب الوفاء، ولا يدفع حق الزوج في طلب انتقالها إلى منزله [١].

أما الشروط الموافقة لمقتضى عقد الزواج فتصح ويجب الوفاء بها. ومن ذلك الاتفاق السابق على العقد على أمور تتضمن للزوجة الحصول على نفقتها من الزوج كاشتراط كفيل أو رهن أو الاتفاق بينهما عند زواجه بأكثر من واحدة على تقدير النفقة الخاصة بها. وقد اعتدت الأحكام القضائية بأن الاتفاق الذي يعقده الزوج مع زوجته الثانية عند التعدد بشأن حريتها في البقاء بمنزل أبويها أو في مسكن يخصها وحدها من الاتفاقات التي يجب الوفاء بها[٢].

في التشريعات العربية:

أخذت قوانين الأحوال الشخصية في كثير من البلاد العربية بمذهب الحنابلة في تصحيح الشروط المقترنة بالعقد ما لم تخالف هذه الشروط نصوص الشرع والنظام العام. وتمثل هذه القوانين التي أخذت بهذا المذهب خطوة متقدمة عن مشروعات القوانين المصرية المتعاقدة من حيث الشكل والصياغة في بعضها ومن حيث المضمون في بعضها الآخر. يدل على ذلك

---

(1) Mulla, Principles of Mahommedan Law. S. 28.
(2) Ibids. 280.

ما جاء في المادة الرابعة عشرة من قانون الأحوال الشخصية السوري، ونص هذه المادة :

« أ - إذا قُيِّدَ عقد الزواج بشرط ينافي نظامه الشرعي أو ينافي مقاصده ويلتزم فيه ما هو محظور شرعاً كان الشرط باطلاً والعقد صحيحاً.

ب - وإذا قيد بشرط يلتزم فيه للمرأة مصلحة غير محظورة شرعاً ولا تمس حقوق غيرها ولا تقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة المشروعة كان الشرط صحيحاً ملزماً.

جـ - وإذا اشترطت المرأة في عقد النكاح ما يقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة أو يمس حقوق غيرها كان الاشتراط صحيحاً ولكنه ليس بملزم للزوج وإذا لم يف الزوج به فللزوجة المشترطة طلب فسخ النكاح».

وفي المادة السادسة من القانون العراقي، والمادية الحادية عشرة من القانون التونسي، التعبير عن الاتجاه إلى تصحيح الشروط المقترنة بعقد الزواج. ولكن لم يرد فيهما النص على تقييد الشروط الصحيحة بالقيود الواردة في القانون السوري المستمد على نحو صحيح من أحكام المذهب الحنبلي. والقانون السوري أحكم من القانونين المذكورين لنصه على تقييد الشروط الصحيحة بما لا يخالف النظام الشرعي، لأنه بهذا النص قد اتضح استمداده من المذهب الحنبلي على الرغم من بدهية الالتزام بهذا القيد.

الفصل الرابع

المحـرمات

الفصل الرابع
(المحرمات)

النصوص:

١ـ في النسب:

قال تعالى: ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت﴾. (النساء: ٢٢).

٢ـ في المصاهرة:

قال تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتاً وساء سبيلاً﴾ (النساء: ٢٣).

وقال تعالى: ﴿ وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم﴾ (النساء: ٢٣).

٣- في الرضاعة:

وقال تعالى : ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة﴾ (النساء : ٢٣).

- أخرج البخاري عن عمرة بنت عبد الرحمن أن عائشة زوج النبي لله أخبرتها أن رسول الله لله كان عندها وأنها سمعت صوت رجل يستأذن في بيت حفصة. قالت فقلت يا رسول الله: هذا رجل يستأذن في بيتك ، فقال النبي لله : أراه فلاناً لعم حفصة من الرضاعة. قالت عائشة: لو كان فلان حياً لعمها من الرضاعة دخل علي؟ قال : نعم الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة.

وفي صحيح البخاري عن عائشة رضي الله عنها أن النبي لله دخل عليها وعندها رجل، فكأنه تغير وجهه، كأنه كره ذلك، فقالت : إنه أخي، فقال : انظرن من أخوانكن، فإنما الرضاعة من المجاعة».

٤- الجمع بين المحارم:

قال تعالى : ﴿وأن تجمعوا بين الأختين﴾ (النساء : ٢٤).

عن أبي هريرة رضي الله عنه ، أن رسول الله لله قال : «لايجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها، فإنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامهن».

٥- تحريم زوجة الغير:

قال تعالى : ﴿ والمحصنات من النساء ﴾ (النساء : ٢٤).

٦ـ المطلقة ثلاثاً:

قال تعالى : ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ... فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله﴾ (البقرة : ٢٢٩ـ ٢٣٠).

٧ـ تحريم المشركين والمشركات :

قال تعالى : ﴿ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم أولئك يدعون إلى النار والله يدعو إلى الجنة والمغفرة بإذنه ويبين آياته للناس لعلهم يتذكرون﴾ (البقرة: ٢٢١).

التفسير الفقهي :

وضع الإسلام نظاماً كاملاً للتحريم في الزواج طبقاً للأهداف والمصالح التي أرادها الشارع الحكيم من الأسرة والمجتمع. وقد أوضح القرآن الكريم جوانب هذا النظام الذي يتفق مع الفطرة وتؤيده المصلحة والذي نراه ينقسم إلى فرعين كبيرين: أولهما: التحريم المؤبد وله ثلاثة أسباب: النسب، الرضاع، المصاهرة. والثاني: التحريم المؤقت، ومن أسبابه التي أشار إليها القرآن أن تكون المرأة زوجة الغير ومحصنته أو للجمع بين المحارم والإشراك بالله والتطليق ثلاثاً.

وفيما يلي تفصيل أسباب نوعي التحريم المؤبد والمؤقت.

أولا - التحريم المؤبد

معناه :

التحريم المؤبد هو الذي لا يزول أبداً، لثبوته بوصف دائم لا يرتفع مطلقاً، كوصف الأمومة أو كون المرأة عمة أو خالة ، فإنها تبقى كذلك دائماً، فيبقى الحكم المترتب على هذا الوصف المعتبر سبباً له· إن الأحكام التكليفية (الحرمة ـ الكراهة ...) ترتبط بأسبابها وتوجد بوجودها ، ولما كان السبب في بعض أنواع المحرمات وصفاً ثابتاً لا يرتفع ولا يزول فإن الحكم التكليفي وهو التحريم يبقى كذلك أبداً·

المحرمات بالنسب :

المحرمات بالنسب أربعة أنواع من القرابات، هي :

١ـ أصول الشخص التي أشار إليها القرآن بقوله تعالى : ﴿أمهاتكم﴾، وتشمل الأصول كلا من الأم وأم الأم وأم الأب ·

٢ـ الفروع وإن نزلن، وهن اللاتي أشار إليهن القرآن بقوله : ﴿وبناتكم﴾ وتشمل البنت وبنت الابن وبنت البنت وفروعهن·

٣ـ الأخوات شقيقات أو لأب أو لأم وفروعهن، وهن اللاتي أشار إليهن القرآن في قوله : ﴿وأخواتكم﴾، وبقوله : ﴿وبنات الأخ وبنات الأخت﴾·

٤ـ العمات والخالات شقيقات أو لأب أو لأم، وفيهن جاء قوله تعالى : ﴿وعماتكم وخالاتكم﴾· ولا يتعدى التحريم إلى فروعهن، وهو ما

نص عليه القرآن في قوله تعالى : ﴿وبنات عمك وبنات عماتك وبنات خالك وبنات خالاتك اللاتي هاجرن معك﴾.

وقد جاء النص علي هذه الأنواع من المحرمات في المادة ٢٢ من الأحكام الشرعية ونص هذه المادة : " يحرم على الرجل أن يتزوج من النسب أمه وجدته وإن علت، وبنته وبنت بنته وبنت ابنه وإن سفلت ، وأخته وبنت أخته وبنت أخيه وإن سفلت ، وعمته وعمة أصوله وخالته وخالة أصوله. وتحل له بنات العمات والأعمام وبنات الخالات والأخوال. وكما يحرم على الرجل أن يتزوج بمن ذكر يحرم على المرأة التزوج بنظيره من الرجال، ويحل للمرأة أبناء الأعمام والعمات وأبناء الأخوال والخالات ".

المحرمات بالمصاهرة :

يحرم بالمصاهرة تحريماً مؤيداً أربعة أنواع من النساء :

١ـ زوجة الأب، وهو نكاح المقت الذي كان شائعاً في الجاهلية، حيث كان الابن يرث زوجة أبيه كما يرث أشياءه الأخرى ويعطيها في الزواج لمن يريدها ويأخذ مهرها الذي كان دفعه أبوه، فنهى الله عز وجل عن هذا النوع من النكاح وحرم زوجة الأب على الابن، فلا يحل له أن يتزوجها أبداً بمجرد عقد الأب عليها، ويشمل هذا التحريم زوجة أب الأب وأب الأم.

٢ـ أم الزوجة سواء دخل بها أو لم يدخل، ويشمل التحريم أم الأم وأم الأب، وهو المشار إليه في قوله تعالى : ﴿وأمهات نسائكم﴾.

٣- بنت الزوجة وهي الربيبة المشار إليها في قوله تعالى : ﴿وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن)٠ وإنما يشترط الدخول بالأم لتحريم البنت، ولا يشترط تربيتها في حجر الزوج لتحريمها عليه، وإنما خرج هذا القيد مخرج الغالب٠ والقاعدة الفقهية أن «العقد على البنات يحرم الأمهات والدخول بالأمهات يحرم البنات»، ويشترط للتحريم أن يكون الزوج مشتهى والزوجة مشتهاة بأن كانا بالغين أو مراهقين ، أما إن كان أحدهما بالغاً أو مراهقاً والآخر صغيراً و تفرقا بعد الدخول فلا يحرم على الزوج أن يتزوج بنت هذه الزوجة، لأن مثل هذا الدخول غير معتبر٠

٤- زوجة الابن، فيحرم على الأب أن يتزوج حليلة ابنه بمجرد عقد الابن عليها، وهو المشار إليه بقوله تعالى : ﴿وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم﴾ واشتراط كون الابن من الصلب في تحريم حليلته لنفي ما كان شائعاً عند العرب من حل التبني ومعاملتهم الابن المتبني معاملة الابن الصلبي في الأمور كلها فجاء، هذا القيد لنفي هذا الفهم٠

وفي المادة ٢٣ من الأحكام الشرعية إجمال هذا النوع من التحريم، ونصها: «يحرم على الرجل أن يتزوج بنت زوجته التي دخل بها وهو مشتهي وهي مشتهاة، سواء كان في نكاح صحيح أو فاسد، فإن دخل بها وهو غير مشتهي أو هي غير مشتهاة أو ماتت قبل الدخول أو طلقها ولم يكن دخل بها فلا تحرم عليه بنتها، وتحرم عليه أم زوجته بمجرد العقد الصحيح عليها وإن لم يدخل بها ، وزوجه فرعه وإن سفل وأصله وإن علا ولو لم يدخل بها في النكاح الصحيح».

ما يلحق بحرمة المصاهرة:

في المذهب الحنفي أن الزنا بامرأة يحرمها على أصول الزاني وفروعه: كما تحرم أصولها وفروعها على الزاني، وعلى هذا فإن من زنى بامرأة حرم عليه أن يتزوج أمها أو بنتها، كما حرم على أبيه أو ابنه أن يتزوج هذه المرأة، وذلك بناءً على أن النكاح في قوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء﴾ مراد به الوطء أو المعاشرة، واحتجوا لهذا الفهم بما رواه أبو بكر بن عبد الرحمن أن رجلاً سأل رسول الله ﷺ عن امرأة كان زني بها في الجاهلية؟ فقال له " أتنكح امرأة تطلع من ابنتها على ما اطلعت عليه منها»![1]، وقد أجملت هذا المادة (٢٤) من الأحكام الشرعية، ولفظها: «يحرم على الرجل أن يتزوج أصل مزنيته وفرعها وتحرم المزني بها على أصوله وفروعه ولا تحرم عليهم أصولها وفروعها» ولكن يرى جمهور العلماء أن الزنا لا تثبت به حرمة المصاهرة، ومما استدلوا به ما روي عن عائشة أن رسول الله ﷺ سئل عمن اتبع امرأة أينكح ابنتها أو أمها ؟ فقال: لا يحرم الحرام، وإنما يحرم ما كان نكاحاً حلالاً[2].

المحرمات بالرضاع:

يحرم من الرضاع ما يحرم من جهة النسب والمصاهرة، وتفيد النصوص الشرعية أن كل من وضع من امرأة ـ سواء كان ولداً أو بنتاً ـ فإن هذه المرأة تعد أماً له في الرضاع، وتعد بنتها أخته في الرضاع، وتعد أختها خالته من الرضاع، فإن كانت البنت هي التي رضعت اعتبر زوج المرأة الذي

---

(١) المحلي لابن حزم ٥٢٣/٩، وفتحا القدير للكمال بن الهمام ٩٧/٢.

(٢) السابق، ٥٢٤/٩.

نزل بسببه اللبن أباً لها من الرضاع ويحرم عليها ويصير أخوه عما لها من الرضاع .

وتحرم أم الزوجة من الرضاع وزوجة الأب من الرضاع وزوجة الابن من الرضاع بمجرد العقد، كما تحرم بنت الزوجة من الرضاع شريطة الدخول بالزوجة على ما تقدم في التحريم بالمصاهرة، وفي المادة (٢٥) من الأحكام الشرعية إجمال أنواع المحرمات بالرضاع ولفظها : « كل من تحرم بالقرابة والمصاهرة تحرم بالرضاع إلا ما استثنى من ذلك» ، وفي المادة ٣٥/ ١ من القانون السوري النص على أنه «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب إلا ما قرر فقهاء الحنفية استثناءه» .

شروط الرضاع المثبت للتحريم :

اختلف الفقهاء في شروط الرضاع المثبت للتحريم بالنظر إلى أمرين :

- أولهما : مقدار هذا الرضاع .

- والثاني : مدته .

أما بالنسبة لمقدار الرضاع فقد رجح الأحناف والمالكية إثبات التحريم بأي قدر منه يسيراً أو كثيراً، وذلك للإطلاق الوارد في قوله تعالى : ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم﴾ دون تقييد بمقدار ، ومن هذا القبيل قوله ﷺ «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » ، دونما تقييد كذلك، ويستدل الأحناف أيضاً بما رواه البخاري عن عقبة بن الحارث قال : تزوجت امرأة ، فجاءتنا امرأة سوداء، فقالت : أرضعتكما . فأتيت النبي ﷺ فقلت : تزوجت فلانة بنت فلان فجاءتنا امرأة سوداء فقالت لي إني أرضعتكما، وهي كاذبة، فأعرض فأتيته من قبل وجهه، قلت إنها كاذبة،

قال : كيف بها وقد زعمت أنها أرضعتكما ، دعها عنك»•

وهكذا فرق رسول الله ﷺ بينهما دون سؤال عن عدد الرضاعات فدل على أن مجرد الإرضاع كاف في التحريم •

ومذهب الشافعية والراجح عند الحنابلة أن شرط الرضاع المثبت للتحريم أن يبلغ خمس رضعات متفرقات بحسب العادة، بحيث يترك الثدي باختياره دون عارض يلهيه ، وهذا هو رأي ابن القيم أيضاً، حيث جاء في زاد المعاد في تحديد الرضعة التي تنفصل عن اختها: أن الرضعة فعلة من الرضاع فهي مرة منه، فمتى التقم الثدي فامتص منه ثم تركه باختياره من غير عارض كان ذلك رضعة، لأن الشرع ورد بذلك مطلقاً فحمل على العرف• والعرف هذا• والقطع ، بعارض التنفس أو استراحة يسيرة أو لشيء يلهيه ، ثم يعود إليه من قريب لا يخرجها عن كونها رضعة واحدة، كما أن الآكل إذا قطع أكلته بذلك ثم عاد من قريب لم يكن ذلك أكلتين بل أكلة واحدة »[1]•

وقد ذكر ابن القيم أدلة هذا الرأي مشيراً إلى أن الإطلاق الوارد في النصوص السابقة لا يشهد لرأي أبي حنيفة ومن تبعه من جهة أن التقييد بالخمس قد جاءت به نصوص أخرى، ويجب حمل المطلق على المقيد لاتفاقهما في الحكم والسبب• أما تعيين معنى الرضعة وتحديدها فيرجع فيه إلى العرف، لأن القاعدة في تفسير النصوص الشرعية أن يحمل اللفظ على معناه الشرعي إن وجد وإلا فإننا نحمله على معناه العرفي إن لم يرد في

---

(١) زاد المعاد في هدي خير العباد ٥٧٥/٣، الطبعة الرابعة عشر ، ١٩٨٦، مؤسسة الرسالة، بيروت .

النصوص الشرعية تحديد معناه •

وقد رجح واضعو القانون السوري الأخذ بمذهب الشافعية والحنابلة في اشتراط عدد الرضعات الخمس بالتحديد الذي أورده ابن القيم لمعنى الرضعة والذي أوردته قبل قبيل•

ويتعلق الشرط الثاني للرضاع المثبت للتحريم بوقته، وجمهور الفقهاء على اشتراط حدوث الرضاع في الصغر، حسبما يستفاد من قوله ﷺ «لا رضاع الا ما أنشز العظم وأنبت اللحم» ، غير أنهم اختلفوا في تحديد الزمن الذي يوجب فيه الرضاع التحريم ، وإجمال آرائهم فيما يلي :

١ـ مذهب أبي يوسف ومحمد والشافعية والحنابلة أن الشرط في الرضاع المحرم أن يكون في العامين الأولين من ولادة الطفل، وإنما يستفاد ذلك من قوله تعالى : ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة﴾• ومعناه أن تمام الرضاع ببلوغ الصغير عامين كاملين فيحرم ما كان منه في هذه الأثناء، حتى ولو كان قد سبق فطامه خلالها •

٢ـ مذهب الإمام مالك أن تمام الرضاع بالحولين مع إضافة شهرين لتعود الطفل على الانتقال من الرضاع إلى الاستغناء عنه بالطعام، إلا إذا فطم قبل هذه المدة ، فإن أرضعته امرأة بعد الفطام أثناء هذه المدة أو بعد ستة وعشرين شهراً من ولادته لم يكن هذا الرضاع مما يوجب التحريم، ويقدر أبو حنيفة مدة الرضاع المثبتة للتحريم بثلاثين شهراً• لم يحدث الفطام قبلها . لأنه يصير بهذا إلى الاستغناء بالطعام، ويثبت زفر التحريم بالرضاع خلال ثلاث سنوات (١)•

(١) المغني ٥٤٢/٧

ويترجح لدى الاتجاه الذي أخذ به القانون السوري في المادة (٣٥/ ٢) التي نصت على أنه «يشترط في الرضاع الموجب للتحريم أن يكون في العامين الأولين، وأن يبلغ خمس رضعات يكتفي الرضيع في كل منها، قل مقدارها أو كثر».

٣ـ وقد اشترط الفقهاء فوق ذلك عدة شروط أخرى في الرضاع الموجب للتحريم منها : أن يصل لبن المرأة إلى جوف الصغير على درجة اليقين بالامتصاص أو الشرب أو أية وسيلة أخرى، وأن يكون وصوله إلى جوفه عن طريق الفم أو الأنف لتحقق التغذي بهذا، والتغذي هو مناط التحريم، وألا يكون اللبن مخلوطاً بغيره، فإن خلط فالعبرة للغلبة .

الإثبات في الرضاع :

يثبت الرضاع الموجب للتحريم بالإقرار أو الشهادة .

أما الإقرار فهو إخبار الإنسان عن حق عليه لآخر، ويقال للمخبر مقر ولصاحب الحق مقر له وللحق مقر به .

وقد اشترط الفقهاء للمقر العقل والبلوغ وصدر الإقرار منه برضاه ودون إكراه وألا يكون متهماً في إقراره لسبب يوجب هذه التهمة كتحقيق منفعة شخصية أو دفع ضرر عن نفسه. واشترطوا في المقر به مجرد الإمكان وعدم الاستحالة ، واشترطوا في صيغة الإقرار إفادتها لثبوت الحق المقر به على وجه اليقين والجزم .

ولا خلاف على وجوب التفريق بين الزوجين إن أقرا قبل دخولهما بقيام علاقة الرضاع المحرم بينهما. ولا يثبت لها شيء من المهر بذلك. أما إن

جاء إقرارهما بعد الزواج فيفرق بينهما أيضاً ويجب لها الأقل من المهر المسمى ومهر المثل.

وإن أقر الرجل وحده قبل الدخول لم يحل له أن يدخل بها ويجب عليه أن يفارقها مع استحقاقها نصف المهر، ولا يسقط حقها في نصف المهر لأنها لم تصادقه ولا تؤاخذ بإقراره هو، ولو أقر بالرضاع المحرم بعد الدخول فارقها أيضاً ووجب عليه المهر والنفقة، لأن إقراره حجة في حقه ولا يبطل حقوقها المالية ويجوز الرجوع عن الإقرار ما لم يُشهد عليه، لاحتمال أنه أقر بناء على معلومات خاطئة، ويتفق ذلك مع ما أوجبته محكمة النقض [1] من صدور الإقرار عن إرادة غير مشوبة بأي عيب من عيوب الإرادة فإن شاب الإرادة غلط كان باطلاً وحقّ للمقر الرجوع فيه.

أما إن كان الإقرار من الزوجة فلا يعمل به في القضاء، لأنها متهمة في هذا الإقرار بإحتمال أن تكون إنما أرادت الفرقة عن هذا الطريق فلا يؤخذ به، والفرق بين إقرارها وبين إقرار الرجل أنه يملك الحق في التفريق بإيقاع الطلاق فلا يتهم في إقراره ويكون كأنه استعمل هذا الحق، ولذا لم يسقط بإقراره ما لها عليه من مهر أو نفقة أو سكنى[2].

وقد تضمنت المادة ١٠٣ من قانون الإثبات أحكام الإقرار القضائي على حين تضمنت المادة ١٠٤ من هذا القانون أحكام الإقرار غير القضائي[3].

---

(١) نقض مجموعة المكتب الفني لسنة ١٨ ص ١٥٦، بتاريخ ١٩٦٧/١/١٩.

(٢) البدائع ١٤/٤، والمغني ٥٥٨/٧ - ٥٦٢.

(٣) التعليق على قانون الإثبات للاستاذين عز الدين الدناصوري وحامد عكاز ص ١٨٧ وما بعدها.

الشهادة :

يثبت الرضاع بالشهادة وهي الإخبار في مجلس القضاء بحق للغير على الغير ، والمخبر يسمى شاهداً والمخبر له يسمى مشهوداً له والمخبر عنه يسمى مشهوداً عليه والحق يسمى مشهوداً به ، ومن أهم الشروط في الشهادة معاينة الشاهد المشهود به على وجه اليقين استناداً لقوله ﷺ : «إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع».

ولا تقبل شهادة المتهم في شهادته لقوله ﷺ : «لا شهادة لجار المغنم ولا لدافع المغرم». كما لاتقبل شهادة الخصم لقوله عليه السلام : «لاتجوز شهادة خصم ولا ظنين».

وقد اتفق الفقهاء على إثبات الرضاع بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين من أهل العدالة ، لأن هذا هو نصاب الشهادة العامة ، ولا يثبت الرضاع عند الأحناف إلا بهذا .

ويجيز الشافعية الحكم بثبوت الرضاع المحرم بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو أربع من النساء ، وإنما قبل الشافعية شهادة أربع من النساء في الرضاع لأنهن يطلعن على الرضاع أكثر مما يطلع الرجال عليه .

ويثبت الرضاع عند المالكية بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، وتقبل شهادة امرأتين فقط إن كان الرضاع (فاشياً) منتشراً بين الناس ، وتقدمتا بالشهادة قبل عقد الزواج حتى لا تتجه إليهما التهمة التي ترد على شهادتهما إن تقدمتا بها بعد العقد.

ثانياً - التحريم المؤقت

الجمع بين المحارم :

نهى القرآن الكريم عن الجمع بين الأختين، وبينت السنة حرمة الجمع بين المرأة وعمتها أو المرأة وخالتها مع التعريف بسبب كل من النهي والتحريم وهو المحافظة على صلة الرحم، وينطبق هذا المعنى نفسه على الجمع بين المرأة وبنت أخيها أو بين المرأة وبنت أختها، وهو ما منع النبي ﷺ منه كذلك.

ومفاد ذلك أن من يتزوج امرأة تحرم عليه ما - دامت هذه المرأة في عصمته - اختها وعمتها وخالتها وبنت أخيها وبنت أختها . أما إذا توفيت الزوجة فإنه يحل له أن يتزوج واحدة من هؤلاء، ولا يجب عليه الانتظار مدة معينة ، لكن لو طلق هذه الزوجة طلاقاً رجعياً فلا يحل له أن يتزوج بأختها أو عمتها الا بعد انقضاء العدة، لأن النكاح يبقى مع الطلاق الرجعي فلا يجمع عليها أحداً من محارمها. وقد اختلف الفقهاء فيما لو طلق زوجته طلاقاً بائناً، فذهب الأحناف والحنابلة إلى أنه لا يجوز له أن يتزوج في عدة هذه الزوجة أختها ومن في حكمها وينتظر إلى انقضاء العدة، وخالف الشافعية والمالكية فذهبوا إلى صحة زواج أخت المطلقة طلاقاً بائناً في فترة العدة لانقضاء الزواج السابق وزواله.

وقد أجملت المادة السادسة والعشرون من الأحكام الشرعية أحكام هذا المانع، وهذا نصها : «لا يحل للرجل أن يتزوج أخت أمرأته التي في

عصمته ولا أخت معتدته ولا عمة أحد منهما ولا خالتها ولا بنت أخيها ولا بنت أختها• فإذا ماتت المرأة المانعة أو وقعت الفرقة بينها وبين زوجها بطلاق أو خلع أو فسخ زال المانع وجاز له بعد انقضاء عدتها أن يتزوج أختها أو غيرها من محارمها المتقدم ذكرهن»•

٢ـ زوجة الغير ومعتدته:

جاء النص على هذا المانع في قوله تعالى : ﴿والمحصنات من النساء﴾، فيشمل كلاً من زوجة الغير ومعتدته من طلاق أو وفاة ، منعاً من اختلاط الأنساب، ولا فرق بين أن تكون العدة بعد فرقة من نكاح صحيح أو فاسد•

جاء في المادة ٢٧ من الأحكام الشرعية أنه «يحرم نكاح ز وجة الغير ومعتدته قبل انقضاء عدتها سواء كانت معتدة لطلاق أو وفاة أو فرقة من نكاح فاسد أو وطء بشبهة»•

المطلقة ثلاثاً :

لا يحل لمن طلق زوجته ثلاث مرات أن يراجعها ولا أن يتزوجها بعقد جديد حتى تنقضي عدتها منه وتتزوج غيره زواجاً صحيحاً مقصوداً لذاته لا لتحليلها لزوجها الأول، فإن طلقها الثاني وانقضت عدتها منه حل للأول الذي كان طلقها ثلاث مرات أن يتزوجها إن رضيت به، وهذا هو معنى الآيتين اللتين سبق ذكرهما، وشروط حلها لمطلقها ثلاثاً عند الأحناف هي :

١ـ أن يعقد عليها شخص آخر قاصداً زواجها لا مجرد إحلالها لمطلقها•

٢ـ أن يكون عقد النكاح صحيحاً•

٣ـ أن يدخل بها، وقد خالف في هذا الشرط سعيد بن المسيب رئيس مدرسة المدينة في القرن الأول الهجري، ورأى أن مجرد العقد يحلها للأول إن طلقها الثاني، ولا يرى الأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة صحة هذا الرأي استدلاً «حديث عائشة، قالت : «جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى رسول الله ﷺ فقالت إني كنت عند رفاعة فطلقني فبت طلاقي (أي طلقني ثلاثاً) فتزوجني عبدالرحمن بن الزبير، وما معه الا مثل هدبة الثوب، فتبسم النبي ﷺ وقال: تريدين أن ترجعي إلى رفاعة ؟ لا ، حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك»، وقد روي هذا الحديث كل من الشافعي والبخاري وأحمد ومسلم، والعسيلة كناية عن أقل ما يكون في المعاشرة الزوجية .

وفي تفسير المنار أن الحكمة من اشتراط هذا الشرط ردع الرجال عن الإسراف في الطلاق ، فإنه إذا علم الرجل أن المرأة لا تحل له بعد أن يطلقها ثلاث مرات، إلا إذا نكحت زوجاً غيره فإنه يرتدع لأنه مما تأباه غيرة الرجل وشهامتهم، ثم إن الذي يطلق زوجته ثم يشعر بالحاجة إليها فيرتجعها نادماً على طلاقها، ثم يمقت عشرتها بعد ذلك فيطلقها، ويتم له بذلك اختيارها ... فإن هو عاد وطلق ثالثة كان ناقص العقل والتأديب فلا يستحق أن يجعل المرأة كرة بيده يقذفها ويرتجعها متى شاء هواه، بل يكون من الحكمة أن تبين منه ويخرج أمرها من يده لأنه علم الا ثقة بالتئامهما وإقامتهما حدود الله تعالى.

«فإن اتفق بعد ذلك أن تزوجت برجل آخر عن رغبة ، واتفق أن طلقها الآخر أو مات عنها، ثم رغب فيها الأول وأحب أن يتزوج بها

ورضيت هي بالعودة إليه فإن الرجاء في التامهما وإقامتهما حدود الله تعالى يكون حينئذ قوياً جداً ولذلك أحلت بعد العدة » ٠

وقد نصت المادة ٢٨ من الأحكام الشرعية على هذا المانع ولفظها: «يحرم على الرجل أن يتزوج امرأة طلقها ثلاثاً حتى تنكح زوجاً غيره نكاحاً صحيحاً ويدخل بها حقيقة ثم يطلقها أو يموت عنها وتنقضي عدتها» ٠

تحريم المشركين والمشركات :

للمسلم أن يتزوج مسلمة أو كتابية تدين بالديانة اليهودية أو المسيحية لقوله تعالى : ﴿اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم﴾ ٠

أما المشركة فلا يجوز للمسلم الزواج بها لقوله تعالى : ﴿ولا تنكحوا المشركات﴾ ، فيما سبق ذكره، والشرك هو الكفر وعدم الإقرار بالعبودية لله عز وجل، والمشركون من لا يدينون بدين من الأديان السماوية الثلاثة : اليهودية والنصرانية والإسلام٠ وصنوف المشركين على مر التاريخ الإنساني كثيرة فمنهم الطبيعيون أو الدهر الذين ينسبون كل شئ إلى الطبيعة أو الدهر، وينكر هؤلاء وجود ما سوى المحسوسات، ومنهم الذين يقرون بالألوهية لله ويعبدون معه غيره من الأصنام أو القوى الطبيعية أو البشر، ولا يصح الزواج بأي من هؤلاء٠

وقد أمر الله عز وجل المسلمين بمفارقة الزوجة الكافرة المشركة بقوله : ﴿ولا تمسكوا بعصم الكوافر﴾ (الممتحنة : ١٠)٠ والعلة في ذلك أن في

الزواج معنى التواد والتراحم والتوافق والتعاون في تربية الأولاد وتدبير المعيشة، ولا يتصور ذلك مع جود اختلاف أساسي في النظر إلى العلاقة بين الكون وخالقه •

ولا يحل للمسلمة أن تتزوج إلا من مسلم •

وقد جاء النص على هذا المانع في المادتين ٣١، ٣٢ من الأحكام الشرعية، ولفظ المادة ٣١ : "يحل نكاح الكتابيات المؤمنات بكتاب منزل سواء كن ذميات أو غير ذميات مستأمنات أو غير مستأمنات» والذمية من كانت مواطنات الدولة الإسلامية ورعيتها والمقيمات فيها، أما المستأمنة فهي التي دخلت البلاد الإسلامية بتصريح مؤقت، ولفظ المادة ٣٢ : "لا يحل نكاح الوثنيات ولا المجوسيات ولا الصائبات اللاتي يعبدن الكواكب ولا يؤمن بكتاب منزل»•

زواج المرتدة:

تقدم أنه لا يحل للمسلمة أن تتزوج غير المسلم فيما اتفق عليه الفقهاء المسلمين. وطبقاً لذلك فإنه لا يجوز للمسلمة أن تتزوج يهودياً أو مسيحياً، وقد جرى في صدر الإسلام التفريق بين النصراني وزوجته التي تدخل في الإسلام إذا بقي هو على ديانته.

ولو تزوجت المسلمة غير المسلم أياً كانت عقيدته كان هذا الزواج باطلاً، ولا أثر له في حل العشرة أو ثبوت النسب، ويجب التفريق بينهما قبل الدخول أو بعده، وهذا هو ما تفيده آية الممتحنة من قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الله أعلم بإيمانهن

فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن] .

ومن هذا يتضح الحكم بوجوب التفريق بين المسلمةح وزوجها، إذا كان غير مسلم.

وينطبق الحكم بالبطلان على زواج المرتد، وتبين امرأته منه إذا ارتد بعد زواجه سواء كانت مسلمة أو غير مسلمة، فإه لا يفر في دار الإسلام على ردته.

وينفسخ نكاح المرتدة عن الإسلام هي الأخرى سواء صارت إلى دين سماوي آخر أو خرجت من ربقة الأديان السماوية كلها؛ ولذا لو كانت مسلمة ثم صارت إلى المسيحية أو اليهودية انفسخ زواجها وبانت من زوجها المسلم، ولا يصح لها أن تتزوج من مسلم أو غير مسلم فيما استقر عليه الفقهاء.

وقد أكدت محكمة النقض في الحكم الصادر في ١١/ ٦/ ١٩٧٥ ما استقر عليه قضاؤها من أن المرأةح المسلمة إذا ارتدت ثم تزوجت لا ينعقد لها زواج، ولا يثبت النسب بزواجها ولا يترتب الحق في الميراث إلا بالزواج منها.

أسباب أخرى للتحريم المؤقت:

١ـ التحريم بالزنا :

العفة من شروط الزواج فيما يدل عليه قوله تعالى : ﴿اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم

والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا آتيتموهن أجورهن محصنين غير مسافحين ولا متخذي أخدان﴾ (المائدة: ٥)• والمحصنات هن العفيفات اللاتي أحلهن الله في الزواج، سواء كن من المسلمات أو من أهل الكتاب •

ولا يتزوج المسلم لهذا غير العفيفة، كما لا تتزوج المسلمة غير العفيف، ففي القرآن الكريم أن : ﴿الزاني لا ينكح الا زانية أو مشركة والزانية لا ينكحها الا زان أو مشرك وحرم ذلك على المؤمنين ﴾ (النور: ٣)•

ويخرج جمهور الفقهاء هذا النهي مخرج الذم، ويحملون الإشارة في قوله : ﴿وحرم ذلك﴾ على الزنا ولكن بعض الفقهاء يرون حرمة الزواج بالزانية أو الزاني، دليلهم ما رواه مرثد بن أبي مرثد الغنوي حين أراد الزواج من امرأة كانت من قبل تحترف البغاء فذهب مرثد إلى النبي ﷺ وقال له : يا رسول الله أأنكح عناقاً؟ قال : فسكت عني، فنزلت الآية : ﴿والزانية لا ينكحها الا زان أو مشرك﴾ فدعاني فقرأها علي وقال لا تنكحها •

ولكن لو تابا فإن تحريم زواجهما ينقطع ويصير الزواج بهما من المباح•

٢-زواج المحْرِم:

لايحل للمحرم بحج أو عمرة أن يتزوج ، ويبطل نكاحه إن تزوج، لما روي عثمان بن عفان أن رسول الله ﷺ قال: "لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب" • وقال أبو حنيفة والثوري يصح للمحرم أن يعقد زواجه وإن حرم عليه الدخول، وهذا الذي أراد الشارع النهي عنه• لكن الأولى أن

يمتنع المحرم عن الزواج ويؤجله إلى ما بعد تحلله من الحج والعمرة تخلية لقلبه عن الاشتغال بغير الله عز وجل في هذه المناسبة .

٣. الزيادة على أربع:

جاء في المادة ٣٠ من الأحكام الشرعية : «من له أربع نسوة بنكاح صحيح فلا يجوز له أن ينكح خامسة حتى يطلق إحدى الأربع ويتربص حتى تنقضي عدتها» . وإنما جاز التعدد بهذين الشرطين بقوله تعالى : ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة﴾ (النساء: ٣).

قضية التعدد:

الحكمة من إباحة التعدد أن الشريعة تنظم أحوال الناس في عموم الأزمان والمجتمعات، ويجد على هذه المجتمعات أحوال يقل فيها الرجال ويكثر النساء، كما أنه قد تكون هناك ظروف خاصة بالزوجة كعقمها أو مرضها أو بالزوج رغبة في الزواج من امرأة أخرى، لعاطفة تجاهها أو لرغبة في رعاية أولادها الذين مات عنهم والدهم وهو قريبه أو صديقه، ولا يريد أن يفارق زوجته مع ذلك، فكانت الحاجة إلى التعدد واضحة في بعض الظروف، وإجماع الفقهاء على إباحة التعدد بالشرطين السابقين اللذين يترك تقديرهما لضمير الزوج وحسه الخلقي .

وعلى الرغم من هذا الإجماع فقد اتجهت بعض قوانين الأحوال الشخصية الصادرة في هذا القرن إلى العمل على نقل هذين القيدين إلى المجال القانوني الملزم . وقد اتجه واضعو القانون السوري للأحوال

الشخصية هذا الاتجاه ، فذهبوا إلى وجوب اعتبار العدل في معاملة الزوجات عند التعدد بما يتضمنه من شرط القدرة على الاتفاق قيداً قانونياً حقيقياً يلزم القاضي التأكد منه قبل السماح لطالب الزواج الثاني بالتعدد ، عملاً بقاعدة سد الذرائع وإغلاقاً للباب المؤدي إلى الإضرار بالزوجة السابقة واللاحقة •

وهذا هو ما جاء في المادة السابعة عشرة من هذا القانون ونصها : " «للقاضي ألا يأذن للمتزوج بأن يتزوج على امرأته إذا تحقق أنه غير قادر على نفقتها» ، ومع هذا فإن الزواج الثاني إذا تم بدون إذن القاضي لن يكون باطلاً ويحكم القانون بصحته «حفظاً للنتائج في الأنساب وغيرها»، طبقاً لما جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون • وتبقى النتيجة العملية لجعل الإذن في التعدد بيد القاضي، أن توثيق الزواج الثاني لن يكون أمراً ممكنا بدون هذا الإذن، مما يعرض أطرافه لبعض العقوبات القانونية، ولا تسمع المحكمة الدعاوي المتعلقة بهذا الزواج غير الموثق الا اذا ظهر حمل بالزوجة أو ولدت •

وقد اتخذ التشريع العراقي موقفاً مشابهاً، حيث جعل الإذن بالتعدد بيد القاضي، ونص المادة الرابعة : لا يجوز الزواج بأكثر من واحدة إلا بإذن القاضي، ويشترط لإعطاء الإذن تحقق الشرطين التاليين :

١ـ أن تكون للزوج كفاءة مالية لإعالة أكثر من زوجة واحدة •

٢ـ أن تكون هناك مصلحة مشروعة •

وجاء في المادة الخامسة من هذا التشريع : " وإذا خيف عدم العدل بين الزوجات فلا يجوز التعدد ويترك تقدير ذلك للقاضي " •

وجاء في المادة السادسة من هذا التشريع : "كل من أجرى عقداً بالزواج بأكثر من واحدة خلافاً لما ذكر في الفقرتين ٤ ، ٥ يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سنة أو بالغرامة بما لا يزيد على مائة دينار أو بهما معاً" •

وهكذا قيد القانون السوري والعراقي حق الرجل في التعدد بهذين الشرطين الموضوعيين وبموافقة القاضي من الناحية الإجرائية ليمكن توثيق الزواج وتجنب العقوبات القانونية المترتبة على عدم توثيقه، وإن أوجب القانون العراقي هاتين العقوبتين الشديدتين أو إحداهما على التعدد بدون إذن القاضي• بيد أن القانونين السوري والعراقي لم يأخذا بإبطال الزواج الثاني، إذا انعقد بغير هذه الموافقة القضائية أو بدون توافر هذين الشرطين، ويختلف ذلك عما أخذ به قانون الأحوال الشخصية للتونسيين الصادر عام ١٩٥٧ م حيث قضى في مادتيه الثامنة عشرة بمنع تعدد الزوجات، وفرض عقوبة السجن لمدة عام والغرامة ٢٤٠,٠٠٠ فرنك أو بإحدى هاتين العقوبتين على من تزوج وهو في حالة الزوجية وقبل فك عصمة الزواج السابق•

وفي المذكرة الإيضاحية لهذا القانون ما يكشف عن أسس هذا الاتجاه: «لقد جاء هذا الفصل (١٨) بمنع الزواج بأكثر من واحدة اعتماداً على ما ثبت طيلة القرون الماضية من عدم إمكان العدل بين النساء، وجاء في قوله تعالى ما يؤيد عدم إمكان العدل، إذ يقول جل من قائل : ﴿ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم﴾، ومن الحكم والقواعد الشرعية التي أقرها القرآن والسنة وجوب تحقق العدل وأداء الأمانات إلى أهلها والمساواة بين جميع الناس أمام الحاكم وحرية المرأة في التصرف في متاعها واحترام إرادتها في الزواج بدون إكراه»•

أما القانون الباكستاني The Muslim Family Law Ordinance 1961 ، فقد اتجه هو الآخر إلى جعل الزواج الثاني مقيداً بإذن مجلس التحكيم؛ فقد نصت المادة السادسة من هذا المرسوم على أنه : «ليس لأحد أن يتزوج بأخرى أثناء قيام الزواح الأول إلا بعد حصوله على إذن كتابي من مجلس التحكيم، ولا يسمح بتوثيق الزواج الثاني إلا بعد الحصول علي هذا الإذن». أما أسلوب الحصول على هذا الإذن فتحدده المادة السادسة نفسها بأن على الراغب في الزواج بأخرى التقدم إلى رئيس المجلس بطلب يبين فيه «الأسباب التي تدعوه إلى ذلك وموقف الزوجة الأولى من الزواج المقترح». وعندئذ يسأله رئيس المجلس أن يعين ممثلاً له أو حكماً ، كما يطلب من الزوجة الأولى مثل ذلك . وعلى مجلس التحكيم الذي ينضم إليه هذان الممثلان أن يفحصا الطلب للإذن بالزواج الآخر أو رفضه ، ولا يؤدي إقدام الراغب في الزواج عليه عند رفض طلبه إلى بطلانه ، ولكنه يكون معرضاً لثلاث عقوبات :

١ـ الحبس في حدود سنة أو تغريمه في حدود خمسة آلاف روبية أو توقيع الأمرين معاً.

٢ـ إلزامه في الحال بدفع مهر الزوجة أو الزوجات السابقات حتى ما كان مؤجلاً منه.

٣ـ للزوجة أو الزوجات السابقات الحق في طلب التفريق للضرر.

وكذلك فإن الذي يتزوج بأخرى دون موافقة مجلس التحكيم علي الزواج الآخر لا يستطيع توثيقه بما يعرضه لعقوبة الحبس فترة أقصاها ثلاثة أشهر وإلى الغرامة في حدود ألف روبية، طبقاً لما جاء في المادة الرابعة من

هذا المرسوم ، وبذا يقترب المرسوم الباكستاني من القانونين السوري والعراقي في الحكم بصحة الزواج الثاني غير المأذون فيه مع فرض عقوبة على أطرافه الذين يقدمون عليه بدون إذن من مجلس التحكيم وإن زاد عليهما الأخذ بفكرة الحق في طلب التفريق.

أما المقنن المصري فقد سعى إلى العمل على تحقيق الغاية التي أرادتها القوانين السورية والعراقية والباكستانية ، وهي تقييد التعدد في الزواج ولكن بطريقة أخرى غير فرض العقوبات. وتتألف هذه الطريقة من وجهين:

- أحدهما: إلزام الزوج الراغب في توثيق عقد زواجه أن يقدم للموثق إقراراً يتضمن حالته الاجتماعية واسم زوجته أو زوجاته اللاتي في عصمته وقت العقد الجديد ومحال إقامتهن ، على أن يخطرهن الموثق بخطاب موصي عليه.

- والثاني: اعتبار مجرد الاقتران بأخرى بغير رضا الزوجة السابقة، وإخفاء الزوج عن زوجته الجديدة أنه متزوج بغيرها ، إضراراً بهما ، بحيث يكون ذلك سبباً كافياً لحق أي منهما في طلب الطلاق ، وهذا هو منصوص المادة السادسة مكرر من قانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ، ويسقط حق الزوجة في طلب التفريق بمضي سنة من تاريخ علمها بقيام السبب الموجب للضرر ما لم تكن قد رضيت بذلك صراحة أو ضمناً.

ولا يخفى أن هذه الطريقة تقتفي ما أخذ به المرسوم الباكستاني ولا تختلف عنه إلا في عدم فرض عقوبات على التعدد وجعل الأمر فيه إلى الزوج.

وهكذا رفض المقنن المصري الأسلوب التونسي في منع التعدد مطلقاً، بناء على منافاة هذا الأسلوب للمنطق الفقهي والأصولي، ولم يكن ترديد بعض الآيات فيما جاءت به المذكرة الإيضاحية لهذا القانون وخلع تفسيرات غير مقبولة من فقهاء المسلمين سوى غلالة رقيقة لم تستر نوايا واضعي هذا القانون في الخروج على الإجماع الفقهي وتقليد أنماط الحياة الأجنبية عنا. وكذلك رفض القانون المصري أسلوب تقييد التعدد وجعله بإذن القاضي وبيده بناء على أن مثل هذا التدبير لن يفيد أحداً وسيخلق من المشاكل أكثر مما يقدم من حلول. وقد أحسن هذا القانون كذلك حين ابتعد عن أسلوب فرض العقوبات لتقييد التعدد، لتناقض هذا الأسلوب مع التسليم بصحة الزواج الثاني الذي انعقد بدون موافقة القاضي عليه، ولا تسوغ العقوبة على ممارسة فعل مشروع، وهو الزواج الثاني، الذي يعترف القانون بأحكامه كلها، وعلى الرغم من أن التوفيق قد حالف واضعي هذا القانون في تجنب هذه المزالق كلها فإنه قد خالفهم في اقتفائهم أثر المرسوم الباكستاني في اعتبار التعدد بذاته ضرراً يعطي الزوجة الحق في طلب التفريق إلا رضيت به صراحة أو ضمناً، أو مر عام على علمها بالتعدد، والحل الذي أعتقد أنه الحق هو أن تعطي المرأة الحق في طلب التفريق للتعدد ما لم تكن قد رضيت به شريطة ثبوت تضررها بالفعل من هذا التعدد، سواء بانهيار المستوى المادي للأسرة والتقتير عليها، أو بعدم معاملتها بالعدل مع ضرتها، وبهذا تقل أحوال رفع الأمر إلى القاضي واحتمال اجتهاد كل طرف في الإساءة إلى الآخر للدفاع عن موقفه مما يؤدي إلى عكس المقصود.

لقد هوجم اعتبار التعدد في ذاته ضرراً فيما أخذ به هذا القانون لمخالفته في ذلك لسلوك النبي * وأصحابه ، ولمناقضته للحكم الشرعي القاضي بإباحة التعدد، لأن الحكم بالإباحة يعني انتفاء كونه ضرراً في حد ذاته ويتضمن اعتباره لبعض المصالح ومن المحال الجمع بين إباحة التعدد التي جاءت بها النصوص وبين اجتهاد مجتهد في الحكم باعتباره ضرراً يبيح للزوجة التي تضيق به الحق في طلب الطلاق.

وفوق هذا كله فإن هناك ملاحظتين حول ما أخذ به القانون المذكور :

ـ أولاهما أن هذا القانون باتجاهه إلى تقييد التعدد قد جاء في سلسلة هذه المحاولات الرامية إلى فرضه على مستوى العالم الإسلامي والتي تتفاوت قوة وضعفاً بتفاوت قوة معارضته. والأخرى أن هذا القانون بتوجهه إلى اعتبار التعدد في ذاته ضرراً يبيح للزوجة التي لم تعلمه الحق في طلب الطلاق، لم يكن الهدف منه إعمال النصوص القرآنية وتطبيقها، وإنما كان توجهه هذا استجابة للنوازع الاجتماعية لبعض الفئات القادرة على فرض رأيها.

وأخطر ما في هذا القانون فيما أعتقد هو أنه يمثل اختلافاً بعيد المدى عن قوانين الأحوال الشخصية السابقة عليه (١٩٢٠ ـ ١٩٢٩ ـ ١٩٣١) في مصر من حيث رصانة الأسس الفقهية التي كانت تقوم عليها هذه القوانين والقدرة التي نعمت بها في تصور المشكلات الاجتماعية واختيار الوسائل الفنية والأساليب الفقهية الكفيلة بحلها، كأسلوب منع سماع الدعوى لحل مشكلة زواج الصغار وعدم توثيق الزواج. أما هذا القانون فقد ضخم مسألة التعدد وأراد أن يحل مشكلاته عن طريق فتح باب الطلاق والتفريق الذي

تزيد به معاناة المرأة في الأعم الغالب عن معاناتها الناشئة من التعدد، والقانون باتجاهه هذا انتصار للاتجاهات المطالبة بفرض التأثر بالقيم ومعايير السلوك الغربية على حياتنا الاجتماعية والأسرية على الرغم من المحاولات الفاشلة الرامية إلى صبغ هذا القانون بالصبغة الشرعية واستجابة بعض العلماء للترويج لمثل هذه المحاولات دون إدراك كامل للسياق العام الذي نشأت فيه مثل هذه الأفكار أو لما قد تؤدي إليه.

وقد أحسن لهذا القائمون على مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية لما جاء في مادته الحادية والثلاثين من النص على أن التعدد أمر جوازي بشرطين :

- أولهما : العدالة بين الزوجات في الأمور المادية وهي القسم والنفقة والمسكن والمعاملة الظاهرة، ولا يدخل في العدل المحبة الباطنة التي ليست بيد أحد ولا في مقدوره. وكان رسول الله ﷺ يقول: «اللهم إن هذا قسمي فيما أملك فلا تؤاخذني فيما تملك ولا أملك»، وبهذا فإن العدل المنفي - كما جاء في المذكرة التوضيحية لهذه المادة في قوله تعالى : ﴿ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء﴾. هو العدل القلبي غير المقدور عليه للأزواج على حين أن العدل الواجب هو العدل المادي المقدور على تحقيقه.

- والشرط الثاني القدرة على الإنفاق علي الزوجات المتعددات، وهو ما يفيده قوله تعالى في التعليل للأمر بالاقتصار على واحدة عند الخوف من عدم العدل : ﴿ذلك أدنى ألا تعولوا﴾.

وتوجب هذه المادة أن يأخذ القاضي بعين الاعتبار المصالح المشروعة للإذن بالتعدد بما يشمل عقم الزوجة أو مرضها أو الظروف الخاصة بالزوج

والمجتمع والتمسك بالأخلاق الفاضلة ، مما يعني أن لدى القاضي حرية واسعة في الإذن بالتعدد متى وثق من قدرة الزوج على الإنفاق والعدالة المادية الظاهرة، ولا يترتب على التعدد بدون إذن القاضي سوى المنع من توثيق الزواج الجديد[(١)].

ويكفي هذا الحل جداً لمن أراد عدم تعقيد الأمور والانصراف عن تحميلها أكثر مما تحتمل ، فضلاً عن إمكان اشتراط الزوجة عدم الزواج عليها لتضمن حقها في طلب التفريق عند حدوث التعدد من جهة، وذلك بالإضافة إلى حقها المطلق في الذهاب إلى القاضي لطلب التفريض إن حدث الإضرار بها بالفعل من جهة أخرى.

---

(١) نص المادة الحادية والثلاثين من مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية .

مادة (٣١)

أ - يجوز الزواج في حدود أربع نسوة إلا إذا خيف عدم العدل.

ب - يعقد على زوجة أخرى بإذن من القاضي، ويشترط لإعطاء الإذن تحقق الشروط التالية .

(١) أن تكون هناك مصلحة مشروعة

(٢) أن تكون للزوج كفاية مالية لإعالة أكثر من زوجة .

(٣) أن تشعر المرأة بأن مريد الزواج بها متزوج من غيرها.

(٤) أن تخبر الزوجة بأ ن زوجها يرغب في الزواج عليها.

الفصل الخامس

الولاية والوكالة والكفاءة

الفصل الخامس

الولاية والوكالة والكفاءة

أولاً ـ الولاية

النصوص :

١ ـ قال الله تعالى: ﴿ فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف﴾.

وقال أيضاً : ﴿ ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ﴾.

٢ ـ وقال أيضاً : ﴿فإذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف﴾.

وقال أيضاً : ﴿ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾.

٣ ـ روى البخاري عن الحسن أن قوله تعالى : ﴿فلا تعضلوهن﴾

نزلت في معقل بن يسار الذي قال : زوجت أختاً لي من رجل فطلقها حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها، فقلت له : زوجتك وفرشتك وأكرمتك فطلقتها ثم جئت تخطبها ، لا والله لا تعود إليك أبداً• وكان رجلاً لا بأس به وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه، فأنزل الله هذه الآية : ﴿فلا تعضلوهن﴾، فقلت : الآن أفعل يا رسول الله فزوجها إياه »•

المعنى :

تتجه آيات المجموعة الأولى بالخطاب إلى الأولياء، وتنهاهم عن منع المولى عليهن من الزواج إذا رضين بالمتقدم إليهن، وعلى الرغم من أن الآية نزلت في شأن خاص حسبما يتضح من حديث معقل بن يسار الذي أخرجه البخاري فإن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب حسبما هو مقرر في أصول الفقه، وتنهي الآية الأخرى الأولياء عن إنكاح المشركين ، وقد فهم جمهور الفقهاء من توجيه الخطاب في النكاح إلى الأولياء أنهم هم الذين يلون أمره وأنه ليس للنساء تولي عقده •

أما آيتا المجموعة الثانية فتوضح أولاهما أنه لا إثم على من وفاة في إقدامهن على الزواج وفيما يفعلن في أنفسهن من ذلك بعد انتهاء فترة عدتهن• كما توضح الأخرى أن المطلقة ثلاثاً لاتحل لزوجها الا بعد أن تتزوج غيره، وإنما أضيف الزواج في هاتين الآيتين إلى النساء، ولذا فهم الأحناف من هذه الإضافة أن للمرأة أن تتولى عقد زواجها بنفسها وأن توكل غيرها فيه•

معنى الولاية:

الولاية بفتح الواو وكسرها، في اللغة بمعنى المحبة والنصرة، وهي في الاصطلاح الفقهي سلطة شرعية يتمكن بها الولي من مباشرة العقود والتصرفات في حق الغير، دون توقف على إجازة أحد، وتنقسم الولاية إلى قسمين كبيرين:

- أولهما: الولاية على النفس، وتعني سلطة الإشراف على الشئون الشخصية للمولى عليه كالتزويج والتعليم والتطبيب والتشغيل.

- والثاني: الولاية على المال وهي الحق في الإشراف على الشئون المالية للمولى عليه في البيع والشراء والإجارة والقسمة وما إلى ذلك.

وإنما الحديث هنا عن الولاية على النفس.

وتنقسم الولاية على النفس إلى نوعين:

- أولهما: ولاية الجبر.

- ثانيهما: ولاية الاستحباب.

ولاية الإجبار:

هي التي يستقل فيها الولي بإنشاء العقد ودون رجوع للمولى عليه، بحكم أن إرادة المولى عليه غير معتبرة لنقص أهليته أو لفقد هذه الأهلية، وترد هذه الولاية لذلك على المجنون والمجنونة، ومن في حكمهما أو الصغير والصغيرة، ولا تثبت هذه الولاية على البالغ العاقل الذي خوله الشارع الحق في عقد العقود لنفسه وترتب الأحكام الشرعية على عبارته. ولا تثبت هذه الولاية عند الأحناف كذلك على لغة العاقلة التي جعل لها

الشارع الحق في إنشاء العقود المالية وتزويج نفسها.

وتثبت ولاية الإجبار عند الأحناف للعصبات على ترتيب استحقاقهم في الميراث، فيقدم الابن ثم ابن الابن وإن سفل ثم الأب ثم الجد الصحيح وإن علا ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ، ثم ابن الأخ الشقيق ، ثم ابن الأخ لأب ، ثم العم الشقيق، ثم العم لأب، ثم ابن العم الشقيق، ثم ابن العم لأب، وذلك لتقدم جهة البنوة أولاً، ثم الأبوة ، ثم الأخوة ، ثم العمومة. وطبقاً لذلك يتقدم ابن المجنونة أو المعتوهة على أبيها في تزويجهما عند اجتماعه مع الأب، وقد جاء النص على ذلك في المادة ٣٥ من الأحكام الشرعية .

ومعناه أن ولاية الإجبار تثبت عند الأحناف للعصبات بمجرد القرابة .

وقد تقدم أن الأحناف يوحيون «خيار البلوغ» وخيار الإفاقة» إذا تزوج الصغار والمجانين بولاية غير الأب والجد.

أما المالكية فلا يثبتون ولاية الإجبار إلا للأب وحده لوفور شفقته، ولأن مصلحة الصغير والصغيرة في الزواج مما يخفى فلا يتوسع فيها بإثباتها لغير الأب.

ويضيف الشافعية الجد إلى الأب لأنه في مقام الأب من حيث وفور الشفقة وهي عند الحنابلة للأب كذلك .

وتنتقل ولاية الإجبار عند غياب العصبات إلى غيرهم من الأقارب الوارثين بالفرض والتعصيب، فتكون عند أبي حنيفة ومحمد للأم ثم لأم الأب ، ثم للبنت. ثم لبنت الابن، ثم لبنت البنت ، ثم لبنت ابن الابن،

ثم لبنت بنت البنت، ثم لأب الأم، ثم للأخت الشقيقة، ثم للأخت للأب، ثم للأخ للأم والأخت لأم، ثم لأولادهم، ثم للعمات والأخوال والخالات وبنات الأعمام. وهذا هو ما نصت عليه المادة السادسة والثلاثون من الأحكام الشرعية.

أما إن عدم هؤلاد جميعاً فإن ولاية عديم الأهلية أو ناقصها تنتقل إلى القاضي، لأنه ولي من لا ولى له، ولكونه نائباً عن الجماعة. وفي المادة الثامنة والعشرين من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية النص على «أن تزويج من لا ولي له من الأيتام وغيرهم» من اختصاص «رؤساء المحاكم والقضاة الجزئيين في دائرة اختصاصهم».

وليس لوصي الأب القيام بالتزويج، لأنه ولي على المال لا على النفس، حتى ولو أوصى اليه بالتزويج، ويخالف في هذا المالكية والحنابلة.

ولاية الاستحباب:

أجاز الأحناف للمرأة البالغة العاقلة أن تتولى زواجها بنفسها وأن توكل غيرها فيه، بكراً كانت أو ثيباً، ولكنهم استحسنوا أن تكل أمر زواجها لأحد أوليائها الأقربين، لأن هذا هو مقتضى العادات الحسنة والسلوك الفاضل. ومع ذلك فإن العقد يلزم إذا تولت زواجها بنفسها، أو وكلت غيرها فيه، وكان زوجها كفئاً لها وتزوجها على مهر مثلها، طبقاً لما سبق بيانه، وهذا هو ما يأخذ به القضاء المصري لكونه الرأي الراجح في المذهب الحنفي.

وقد جاء التعبير عن هذا الرأي الراجح في المادة الحادية والخمسين من الأحكام الشرعية ... ولفظ هذه المادة: «للحر العاقل البالغ التزوج ولو كان

سفيهاً بلا توسط وللحرة المكلفة أيضاً أن تزوج نفسها بلا ولي بكراً كانت أو ثيباً ... وينفذ نكاحها ويلزم إذا كان الزوج الذي تزوجته كفؤاً لها وكان المهر مهر مثلها»·

وهناك رأي مرجوح في المذهب الحنفي وخلاصته أنه لا بد من الرضا الكامل من المرأة ووليها ليصح عقد الزواج، فإذا حدث هذا الرضا من كل منهما كان لأيهما أن يتولى عقد الزواج بعبارته· وهذه هي ولاية الاشتراك في اصطلاح علماد المذهب الحنفي· وإنما قال بهذا الرأي أبو يوسف في رأيه الأخير، ومحمد بن الحسن الشيباني· وطبقاً لهذا الرأي فإنه إذا زوج الولي المرأة الكاملة الأهلية بدون رضاها لم يصح العقد، وإذا تزوجت هي وعقدت العقد بنفسها دون أن تحصل على إذن سابق من الولي فإن العقد لا يصح في هذه الحال أيضاً·

الشروط في الولي:

يشترط في الولي على النفس لصحة ولايته ما يلي :

١- البلوغ والعقل لأن الولاية على النفس شرعت لحفظ مصالح المولى عليه ولا يستطيع الولي هذا الحفظ بدون اشتراط بلوغه وعقله، لأنه لا يلي أمر نفسه إلا بهذا فلا يلي أمر غيره بدونه ·

٢- الإسلام إذا كان المولى عليه مسلماً ، فلا تصح ولاية غير المسلم على المسلم أو المسلمة طبقاً لنصوص القرآن الكريم والسنة وإجماع الفقهاء· ولذا لو كان لامرأة مسلمة أخوان أحدهما مسلم والآخر غير مسلم، فإن وليها الذي يزوجها هو المسلم· وكذا فإنه لا ولاية لمسلم على غير المسلم في الزواج والمال· فلو كان لامرأة غير مسلمة أخوان، أحدهما غير

مسلم والآخر مسلم فإن الأول هو الذي يزوجها ومحل هذا في الولاية الخاصة أما الولاية العامة فلا يشترط فيها اتحاد الدين، ويلي القاضي المسلم أو من ينيبه شئون غير المسلمين في الزواج والمال. ولم يشترط القانون السوري في المادة الثانية والعشرين هذا الشرط، حيث اقتصرت هذه المادة على مجرد كمال الأهلية .

أما المادة ٣٩ من الأحكام الشرعية فقد نصت على أنه لا ولاية في النكاح ولا في المال لمسلم على غير مسلم إلا إذا كان سلطاناً أو نائباً عنه ولغير المسلم الولاية في النكاح والمال على غير المسلم مثله .

٣ـ ألا يكون الولي مشهوراً بسوء الاختيار أو المجون أو الفسق ، وإلا كان للصغيرة التي زوجها مثل هذا الولي المشهور بشيء من ذلك أن تطالب بفسخ العقد بعد بلوغها، ولو كان هذا الولي هو أبوها أو جدها، ولا يصح تزويج مثل هذا الولي للصغير أو الصغيرة بغبن كبير في المهر أو بغير كفء .

٤ـ رعاية مصالح المولى عليه ويظهر هذا الشرط من تأكيد الفقهاء على حق المزوجة في فسخ العقد إذا زوجها وليها من غير كفء ، أو بأقل من مهر المثل.

عضل الولي :

العضل هو منع الولي المرأة البالغة العاقلة من الزواج بمن رضيته وهو كفء لها ويريد الزواج منها . ولا يجوز للولي منع مثل هذه المرأة لقوله تعالى : ﴿فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف﴾.

وليس للولي عند كثير من الفقهاء أن يمنع المولى عليهم من الزواج لنقص المهر الذي يوافق عليه المتقدم إليها عن مهر مثلها لأنها تستطيع التنازل عن المهر كله ولأن المهر حق خالص لها فليس للولي أن يمنع الزواج لهذا السبب. وقد عرفت أن الرأي الراجح في المذهب الحنفي هو أن للولي الحق في المطالبة بفسخ النكاح لنقص المهر المتفق عليه عن مهر مثلها ، وهذا هو ما يسير عليه القضاء المصري طبقاً لما جاء في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية.

حق المرأة في تولي عقد زواجها بنفسها :

اختلف الفقهاء حول حق المرأة في تولي عقد زواجها بنفسها أو توليها زواج غيرها، وافترقوا في هذا إلى فريقين :

ـ الفريق الأول وهم أبو حنيفة وزخر وأبو يوسف ومحمد في رواية عنهما يذهب إلى إثبات حق المرأة في تولي عقد زواجها بنفسها، أو تزويجها غيرها، ولا حق لأحد في الاعتراض عليها إذا كان الزواج من كفء وبمهر المثل. وقد استدل أصحاب هذا الرأي بأدلة عديدة منها :

١ـ أن القرآن الكريم أضاف الزواج إلى المرأة في قوله تعالى : ﴿وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن﴾ . وفي قوله : ﴿فإذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهم بالمعروف﴾ . ومعناه أن على الأولياء ألا يمنعوا الزوجة من مباشرة عقد الزواج والرجوع إلى زوجها أو الزواج من آخر بعد انقضاء عدتها .

٢ـ أثبتت السنة النبوية للمرأة الحق في مباشرة عقد زواجها وبينت أنها أحق من الولي في مباشرة عقد زواجها ، وذلك بالنسبة للثيب ، إذ روى ابن

عباس عن الرسول ﷺ أنه قال: «الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفس وإذنها صماتها».

٣- ومن جهة أخرى، فإن الإسلام قد أعطى للمرأة الحق في ممارسة العقود المختلفة والتصرف فيما هو حق لها من أموالها، ولا يخرج تعاقدها في الزواج عن ذلك. يقول ابن القيم: «إن البكر البالغة العاقلة الرشيدة لا يتصرف أبوها في أقل شئ من ملكها إلا برضاها ولا يجبرها على إخراج اليسير منه بدون إذنها فكيف يجوز أن يخرج نفسها منها يعتبر رضاها».

٤- مسلك بعض الصحابة كعائشة التي باشرت عقد زواج قريبة لها. وقد ذهب إلى هذا الرأي كثير من علماء الشيعةح الجعفرية، وأخذت به أكثر القوانين المطبقة في العالم الإسلامي المعاصر.

أما الفريق الثاني فقد ذهب إلى أن المرأة لا يحق لها أن تتولى عقد زواجها بنفسها ولا أن تعقد عقد زواج غيرها. وقد استدل هؤلاء بكثير من الآيات والأحاديث النبوية.

من ذلك أن القرآن يضيف أمر الزواج إلى الرجال، كما في قوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا﴾. ومن السنة ما روى عن ابن موسى أن رسول الله ﷺ قال: «لا نكاح إلا بولي». ومعناه أن الزواج لا يصح بعبارة المرأة وأنه لا بد فيه من ولي. وقد روى أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجة عن عائشة أن النبي ﷺ قال: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، بنكاحها باطل».

وقد ذهب إلى هذا الرأي جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة.

والأوفق ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول، وهو الذي عليه العمل في أكثر البلاد والإسلام في العصر الحديث.

وهذا التفصيل من الناحية القانونية لا ينفي حق الأولياء في المتابعة والإقناع، كما أنه لا يعني تحريض الفتيات على الخروج على رأي أوليائهن أو الاستبداد برأيهن. ولذا كان قول محمد بن الحسن الشيباني في وجوب اجتماع رأي الفتاة وأوليائها على الرضا بالزواج، وينعقد الزواج في هذه الحالة بعبارة الولي أو الزوجة.

إجبار الفتاة الكاملة الأهلية في الزواج:

على الرغم من الخلاف بين الفقهاء في حكم تولي المرأة عند زواجها بنفسها فإن هذا لا يؤثر على تسليم جميع الفقهاء بأنه لا حق للولي في إجبار من اكتملت أهليتها بالفعل والبلوغ والرشد على الزواج ممن لا تريده. ويتفق الفقهاء لهذا على أن والد الفتاة الكاملة الأهلية إذا زوجها ممن لا تريده ولا ترضى به لم ينعقد هذا الزواج انعقاداً صحيحاً.

ثانياً - الوكالة

الوكالة هي النيابة عن الغير في مباشرة تصرف من التصرفات التي يملك هذا الغير القيام بها بنفسه. والقاعدة في الفقه أن كل من ملك تصرفاً من التصرفات كان له أن يتصرفه بنفسه، وأن ينيب فيه غيره. أما من ليس له الحق في التصرف فلا يمكنه أن ينيب فيه غيره. ويرجع الفضل إلى الفقه الإسلامي في تطوير نظرية النيابة عن الغير وإجازة التوكيل في النواحي المالية والشخصية والقضائية.

وقد يكون الموكل في مذهب الأحناف هو الزوج أو الزوجة الكاملة الأهلية أو الولي الأقرب للزوجة والزوج، وليس للوكيل بالزواج أن يوكل غيره فيه ما لم يفوضه الموكل في توكيل غيره، وذلك لأنه رضي برأيه هو لا برأي غيره.

وقد جاء في المادة (٥٧) من الأحكام الشرعية أنه «يجوز للزوج والزوجة أن يتوليا عقد نكاحهما بأنفسهما وأن يوكلا من شاءا إذا كانا حرين عاقلين بالغين، وللولي أبا كان أو غيره أن يوكل بنكاح من له الولاية عليهم من الصغار ومن يلحق بهم».

وقد جاء في المادة الثامنة والخمسين من الأحكام الشرعية أنه : «يصح التوكيل بالنكاح شفاها وبالكتابة. ولا يشترط الإشهاد عليه لصحته بل لخشية الجحود والنزاع».

وتفيد القواعد العامة للوكالة في الفقه الإسلامي جواز أن تكون الوكالة مطلقة ، كأن يوكل الأب شخصاً في أن يزوج بنته من أي رجل مناسب يطلبها، كما أن الوكالة قد تقيد بشرط أو بشروط معينة، كأن يوكل الأب هذا الشخص في تزويج ابنته من رجل بعينه وبمهر هو كذا وغير ذلك من الشروط ، وبتقيد الوكيل بما قيده موكله حتى لا تلزمه تصرفات موكله إن خالف القيود التي عينها، فلو وكلته أن يزوجها من شخص معين فزوجها من غيره لم يكن العقد لازماً في حقها، ولو وكلته أن يزوجها بمهر معين فزوجها بأقل منه لم يلزم هذا الزواج حتى ولو اختار الوكيل أن يتحمل النقصان.

وتجمل المادة الحادية والستون من الأحكام الشرعية هذا الأمر، ونصها : «يشترط للزوم عقد الوكيل ونفوذه على من وكله موافقته لما أمر به ، فإن خالف فلا ينفذ عليه النكاح إلا إذا أجازه».

أما لو وكله توكيلاً مطلقاً فلا يلزمه تصرف الوكيل إلا بشرطين :

١ـ التقيد بالمتعارف، ولذا لا يلتزم الموكل بتصرف الوكيل إذا خالف مألوف الناس وما هو متعارف عليه بينهم. وعلى سبيل التوضيح فإنه إذا وكله في زواجه فزوجه بمن تكبره بكثير أو بامرأة لا تكافىء منزلته الاجتماعية لم يلزم الزواج لتقيده بالمتعارف، فإن القاعدة هي : «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً».

ورغم عدم اعتبار الكفاءة في النساء حتى لا يحق لأحد الاعتراض على تزويج الرجل نفسه ممن دونه بكثير فإنه لا حق للوكيل في تزويج موكله إلا بالأكفأ، وليس ذلك من جهة اشتراط الكفاءة واعتبارها حقاً للرجل أو لأقاربه وإنما هو من جهة تقيد تصرفات الوكيل بالمتعارف حتى يحكم بلزومها في حق موكله .

٢ـ انتفاء شبهة المحاباة في تصرف الوكيل «برد مغرم أو جلب مغنم»، ولذا لو وكله في تزويج بنته ، دون أن يعين أحداً، فزوجها ابنه أو ابن ابنه صح الزواج ولم يلزم ، ولا يلزمها الزواج كذلك إن وكلته في زواجها فزوجها من نفسه أو زوجها من ابنه لشبهة قصده إلى نفع نفسه في تصرفه هذا .

ويستخلص هذا القيدان مما جاء في المادة ١٤٢ من الأحكام الشرعية

ولفظها : «إذا أمرت المرأة وكيلها أن يزوجها ولم يعين أحداً فزوجها من نفسه أو من أبيه أو من ابنه فلا يجوز عليها النكاح ولها رده ، فإن زوجها بأجنبي منه ويغبن فاحش في المهر، فلها ولوليها فسخ النكاح إذا لم يتم الزوج لها مهر المثل، وإن كان زوجها بغير كفء لم يجز النكاح أصلاً. ولو زوجها بكفء وبمهر المثل لزمها النكاح ولو كان بالزوج عيب أو مرض».

التزامات الوكيل:

الوكيل في عقد الزواج مجرد سفير ومعبر عن موكله، ولهذا ترجع حقوق العقد إلى الموكل لا إلى الوكيل، ولذا فإنه لا يطالب بالمهر إن كان وكيلاً عن الزوج إلا إذا ضمنه للزوجة فيطالب به بمقتضى عقد الكفالة أو الضمان لا بمقتضى عقد الوكالة. ولا يجب عليه أن يطالب بإدخال الزوجة في طاعة زوجها.

وقد جاء هذا في المادة الستين من الأحكام الشرعية، ولفظها : «لا يطالب الوكيل بتسليم الزوجة للزوج ولا بمهرها إلا إذا ضمنه لها ، فإن ضمنه وجب عليه أداؤه وليس له الرجوع به على الزوج إلا إذا كان الضمان بإذن». وإنما ذلك لأن الوكيل في الزواج سفير ومعبر عن موكله، فإذا أتم عقد الزواج انتهى واجبه، ولذا لا يطالبه الزوج بدخول الزوجة في طاعته ، كما لا تطالب الزوجة وكيلها بمهرها ولا بشيء من نفقتها.

ثالثاً - الكفاءة

معناها والخلاف في اشتراطها

تعني الكفاءة في اللغة المساواة والمماثلة، يقال كافأ فلان فلاناً إذا ساواه وماثله وكان نظيراً له، والكفء هو النظير المماثل، وقد قال ﷺ : «المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم» وتطلق عند الفقهاء على المساواة بين الزوج والزوجة في أمور مخصوصة .

ويذكر ابن قدامة اختلاف الفقهاء في اشتراط الكفاءة في النكاح لصحته مبيناً أن عدم اشتراطها لصحة النكاح هو الأصوب. ويؤكد ذلك ابن حزم بقوله: «أهل الإسلام كلهم إخوة ، لا يحرم على ابن الزنجية نكاح ابنة الخليفة الهاشمي، والفاسق الذي بلغ الغاية من الفسق المسلم، ما لم يكن زانياً، كفء للمسلمة الفاضلة ما لم تكن زانية»، وهذا هو رأي الكرخي من علماء الأحناف.

والرأي الراجح في مذهب الأحناف أن الكفاءة شرط للزوم النكاح لا لصحته نظراً إلى أن المصالح المنشعبة المتعلقة بالزواج لا تتحقق في الغالب إلا بوجود التكافؤ بين أطرافه، ومن حق هؤلاء الأطراف مع ذلك أن يتنازلوا عن المصالح التي تحققها الكفاءة بالالتفات إلى تحقيق مصالح أخرى أكثر أهمية لهم ، وهو معنى اعتبار الكفاءة شرطاً للزوم النكاح واستمراره لا لصحته ، طبقاً لما سبق التعرض له

وأصحاب الحق في اشتراط الكفاءة هم الأولياء، إن زوجت المرأة

الكاملة الأهلية نفسها من غير مكافئ لها، وهو حق للزوج والزوجة على وكيلهما في الوكالة المطلقة على ما سبق •

الصفات المعتبرة في الكفاءة :

يتفق الفقهاء على الإشارة إلى أهمية الجانب الخلقي والديني في كفاءة الزوج لزوجته، ويقتصر جمهور الفقهاء على لحظ هذا المعنى في الكفاءة، بحيث لا يترتب عليها أثر في التطبيق القضائي، ولا يتجاوز النظر إلى الكفاءة عند المالكية والظاهرية والإمامية هذه الحدود، ويفسر ذلك تجاهل الإمام مالك في موطئه موضوع الكفاءة وعدم الإشارة إليها من قريب أو بعيد•

أما الأحناف والشافعية والحنابلة فيشيرون فوق المعنى الخلقي إلى عدة أمور ينضبط بها الحكم بالكفاءة أو بعدمها•

وإجمال هذه المعاني فيما يلي :

١ـ النسب ، ويفسره الفقهاء التفسير الشائع في أيامهم، وهو أن المرأة القرشية لا يكافئها غير القرشي، والعرب يكافئ بعضهم بعضاً في النسب، على حين لا يكافئهم الأعاجم، وقد استثنى الفقهاء العالم من هذا النظام الصارم فاعتبروه كفئا للقرشية ولو كان غير عربي النسب•

ومن الواضح أن تحديد معنى النسب بهذا مرده إلى أعراف الناس ونظرتهم العامة فإذا اختلف العرب في هذا المنحى وجب أخذ العرف في الاعتبار عند تقرير موضوع النسب •

٢ـ الحرفة والصنعة ، ويعني بها أن بعض الحرف والصنائع لا تكافئ بعضها

الآخر في النظر الاجتماعي، ويخضع ذلك لأعراف الناس ونظرهم، إذ ليس في الشرع تحديد لهذا فيرجع فيه إلى العرف. يوضحه مثلاً أن نحكم بأن البواب ليس كفئاً لمدرسة أو محامية في التقدير الاجتماعي. وقد جاء في المادة الثامنة والستين من الأحكام الشرعية الإشارة إلى هذا المعيار بما يجمل أحكامه .

٣- المال، ويعني به القدرة على دفع النفقة والمهر المتفق على تعجيله، ولذا فإن قليل المال يكافئ كثيره . جاء في المادة السادسة والستين من الأحكام الشرعية : «لا عبرة بكثرة المال في النكاح، فمن قدر على المهر المتعارف تعجيله ونفقة شهر إن كان غير محترف أو قدر على كفاية المرأة بتكسبه كل يوم إن كان محترفاً فهو كفء لها ولو كانت ذات أموال جسيمة وثروة عظيمة».

منهج الفقهاء في بحث الموضوع:

يلاحظ على منهج الفقهاء في مبحث الكفاءة ما يلي :

١- تأثر الأحناف ومن وافقهم من الشافعية والحنابلة في تحديدهم للمعنى الذي يتحقق به الكفاءة في النسب والحرفة بالأعراف السائدة أيامهم، إذ ليس هناك نص شرعي موثوق به يوجب التمييز بين الناس من هذا الجانب ، ومعناه أن علينا أن نفكر لأنفسنا في هذا الجانب طبقاً للأعراف الخاصة بنا.

٢- لم يقم النظر للكفاءة عند الفقهاء على تعصب جنسي للعرب على غيرهم، ومردهم في النظرة إلى معنى النسب الذي يدخل في اعتبار الكفاءة راجع إلى العرف كذلك .

٣ـ مفهوم الفقهاء من اعتبار الكفاءة هو العمل على تحقيق المصالح المتشابكة للزواج من مصاهرة للأسر وتقارب بين وحدات المجتمع ، ولا يتحقق هذا مع التفاوت البعيد بين الزوجين ٠

الكفاءة في القضاء المصري:

استقرت أحكام القضاء المصري على اعتبار الكفاءة حقاً للزوجة وأوليائها، فإذا زوجت المرأة نفسها بغير كفء كان لأوليائها الحق في فسخ الزواج، وكذا لو زوجها الولي بغير كفء فإن الزواج لا يلزمها، ويحق له رفع الأمر إلى القاضي لفسخه.

والحرفة من المعاني المعتبرة في الكفاءة طبقاً لما استقر عليه القضاء، وإنما تتحقق الكفاءة في الحرفة في أحكام المحاكم بأن تكون حرفة الزواج مقاربة لحرفة الزوجة وحرفة أبيها، من حيث شرف هذه الحرفة أو صنعتها في العرف الاجتماعي. وإذا تحول الإنسان من حرفة ضئيلة الاعتبار في العرف الاجتماعي إلى حرفة أعلى منها في العرف الاجتماعي فإنه لا يكون كفئا للمرأة التي تكون حرفتها أو حرفة أبيها شريفة منذ الأصل. وإذا كان المعتبر في ترتيب الحرف هو العرف الاجتماعي فإنه أمر يختلف باختلاف الزمان والمكان. ولذا فإن النجار والسباك والكهربائي والسائق أصحاب حرف متقاربة يتزوج بعضهم أولاد بعض، ولا يعتبر هؤلاء أكفاء لابنة الطبيب أو المهندس في ظروف اجتماعية معينة.

والكفاءة في الغنى والثروة كذلك طبقاً لما سبق توضيحه.

وقد قضت محكمة الجمالية الجزئية الشرعية في ٦/ ٩/ ١٩٣٠ بعدم

التكافؤ بين زوج كان يعمل سائقاً لدى والد الزوجة الذي كان عضواً بمجلس الشيوخ، وذلك للتفاوت في الحرفة والغنى والوضع الأسري.

ولعل أشهر حكم بفسخ الزواج لعدم التكافؤ هو الحكم الذي صدر بشأن فسخ زواج الشيخ علي يوسف من بنت الشيخ السادات، وكان ذلك في بداية هذا القرن.

وقت اعتبار الكفاءة:

وقت اعتبار الكفاءة هو وقت إنشاء عقد الزواج؛ فلو كان الزوج كفئاً لزوجته عند إنشاء عقد الزواج، ثم طرأ بعد ذلك ما يؤثر في كفاءته، كأن افتقر بعد غنى فإن الكفاءة لا تنتقض بهذا، لأن الكفاءة شرط ابتداء لا شرط دوام واستمرا.

سقوط الحق ة فسخ الزواج لعدم الكفاءة:

يسقط حق الأولياء في طلب فسخ الزواج لعدم الكفاءة إذا صدر منهم ما يدل على الرضا بالزوج الذي عقدت عليه الزوجة بنفسها.

ويسقط الحق في المطالبة بفسخ الزواج لعدم الكفاءة إذا دخل الزوج بزوجته، وولدت منه، وإنما سقط هذا الحق رعاية لحق الولد وحتى ينشأ في ظل أبويه. وترجح مصلحة الولد والزوجين في استمرار الزواج بهذا على مصلحة الأولياء في دفع العار عن أنفسهم بزواج قريبتهم ممن لا يكافئهم.

الفصل السادس

المهــر

الفصل السادس

(المهر)

النصوص:

١ـ قال تعالى: ﴿وآتوا النساء صدقاتهن نحلة فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً﴾ (النساء : ٤)٠

٢ـ وقال تعالى: ﴿وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منهن شيئاً أتأخذونه بهتاناً وإثما مبيناً٠ وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً﴾ (النساء : ٢٠:٢١)٠

٣ـ قال تعالى: ﴿ وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح، وأن تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم إن الله بما تعلمون بصير﴾ (البقرة : ٢٣٧)٠

المعني العام:

كان المتبع في الجاهلية قبل الإسلام ، في الجزيرة العربية وبلاد أخرى كثيرة غيرها، أن يعطي المهر إلى الولي مقابل رضاه بإعطاء المرأة إلى من يطلبها زوجاً له.

وكان المعتاد كذلك أن يسترد الزوج ما كان قد دفعه للولي إن أراد استبعاد الزوجة وردها لأهلها.

ويقوم الولي نفسه برد ما أخذه أو يتولى الراغب الجديد في زواج هذه المرأة رد ما يقابل المهر إلى الزوج المفارق ليحل محله.

وكان يحق لابن الزوج أن يبسط سلطانه على زوجة والده بعد وفاته ليزوجها ويأخذ المهر الذي كان دفعه أبوه أو يتزوجها هو، فأبطل القرآن حقه في زواجها وسمى هذا النوع من الاقتران «نكاح المقت» حسبما تقدم ذكره في الحديث عن المحرمات.

وقد اتخذ المهر بهذه الممارسات مفهوم «الثمن» أو «العوض» الذي أثر على وضع المرأة في التعاقد وجعلها تبدو أشبه بالسلعة المعطاة في عقد الزواج. ولعل هذا هو سر عناية القرآن الكريم بتحديد مفهوم المهر في الزواج تحديداً جديداً ترتفع به المرأة إلى أن تكون طرفاً في علاقة تعاقدية ، يؤخذ رأيها فيه وتستحق هي المهر، وتطالب به ، وتهبه للزوج إن رغبت، وتتصرف فيه وفق إرادتها الخاصة، وقد أقام القرآن هذا المفهوم الجديد للمهر عن طريق العناية بوضع الأحكام التالية :

١ـ المهر حق للزوجة ويكلف الزوج بإعطائها المهر، وهذا هو مفاد قوله

تعالى: ﴿ وآتوا النساء صدقاتهن﴾ ، ويخالف هذا عادة الجاهليين في إعطاء المهر إلى الأولياء.

٢ـ النص على أن المهر هبة لازمة من الزوج للزوجة ، لها الحق في أن ترده عليه كله أو بعضه، إذا كانت كاملة الأهلية ، وهذا هو معنى قوله في الآية نفسها ﴿ فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً﴾.

٣ـ النص على أن لا حق للزوج في أخذ شيء مما أعطاه للزوجة إذا فارقها بعد الدخول. وتشتد لغة القرآن على وجه الخصوص في إبطال عادة مطالبة الأزواج وزوجاتهم بما دفعوه من مهور إن رغبوا في مفارقتهن.

وتبين آيتا النساء المذكورتان أعلاه أن ما دفعه الزوج حتى لو كان قنطاراً من الذهب الخالص عند الزواج لا يجوز المطالبة باسترداده مطلقاً. وأن أخذ مثل ذلك إثم عظيم وذنب كبير وبهتان وظلم ، وذلك بعد أن أفضى كل منهما إلى الآخر بذات نفسه وذوب قلبه وقام بينهما ميثاق الزوجية الغليظ المتين. إن المهر هبة ونحلة فكيف يقوى لسان الزوج وقلبه على المطالبة باسترداد هذه الهبة ممن قامت بينه وبينها علاقة الزوجية الحميمة؟ إن هذا لا يحق له.

تعريف المهر وحكمه:

المهر واجب شرعاً للزوجة على زوجها، إظهاراً لرغبته في الاقتران بها وتمكينا للمرأة من أن تتهيأ للزواج بما يلزمها من لباس وتكاليف مادية أخرى. وقد جاء تعريف المهر في المادة الرابعة والثلاثين من المشروع العربي الموحد، ونصها : «المهر هو ما يبذله الزوج من مال مشعر بالرغبة في الزواج».

وأدلة وجوب المهر النصوص والإجماع. أما النصوص فمنها قوله تعالى: ﴿وآتوا النساد صدقاتهن﴾، وقوله : ﴿فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة﴾، والأجور جمع أجر وهو الثواب والمكافأة الذي يطلق على المهر، وهو ليس جمعاً لأجرة في هذا السياق، وفي قوله * للصحابي الذي لم يجد شيئاً يدفعه مهراً «التمس ولو خاتماً من حديد» ما يدل على وجوب المهر. وقد أجمع الفقهاد على وجوب المهر كذلك.

ولا يعني وجوب المهر كونه ركناً في العقد أو شرطاً له ، وإنما هو أثر من آثاره المترتبة عليه ، وحق من الحقوق الواجبة للزوجة، ويصح العقد لهذا بدون تسمية المهر أو الاتفاق عليه.

وإنما يجب المهر بالعقد الصحيح نفسه عند الأحناف، حتى لو تزوجها على أن لا مهر لها ورضيت المرأة بذلك صح العقد ووجب مهر المثل، وحق لها أن تطالب به وأن تمنع نفسها منه وألا تدخل في طاعته إن لم يف لها بهذا المثل.

وقد جاء في حكم محكمة كرموز بتاريخ ١٣/ ١٠/ ١٩٣٤ بيان أن للزوجة ألا تدخل في طاعة الزوج إن لم يوف لها عاجل مهرها، ولا يؤثر في حقها هذا ما جاء في عقد الزواج من قبولها أن تطيعه في أي جهة وعلى أية حال. لأن هذا من قبيل التزام ما يلزم ، لأن المهر واجب شرعاً، وهو إن تزوجها على ألا مهر لها وجب مهر مثلها.

ويستند الأحناف لمذهبهم هذا بقوله تعالى: ﴿وأحل لكم ما وراء ذلك أن تبتغوا بأموالكم﴾. مما يتضمن أن شرط إحلال المرأة بالزواج تكريمها بدفع شيء من المال، هو الصداق أو المهر.

وقد اعتقد الأحناف بهذا أن وجوب المهر حق $ تعالى، لأنه يجب لا بإيجابها، حتى لو اتفق الزوجان على إسقاطه وجب. ولعل أبا حنيفة كان يعبر عن ذلك بقوله : «الوجوب $ تعالى والواجب - أي المهر - لها».

أما الشافعية فيرون أن المهر لا يجب شرعاً بنفس العقد وإنما يجب بالفرض والتعيين أو التسمية والاتفاق على المهر ، واحتجوا بذلك بأن القرآن اعتبر المهر نحلة وهبة وصلة زائدة لا تجب بعقد النكاح. واحتجوا ذلك بهذا الذي أورده حكم محكمة المحلة الكبرى في ٢/ ٢/ ١٩٤٧ وهو أن النكاح عقد ازدواج بين الرجل والمرأة. وبهذا الازدواج تثبت الزوجية بينهما ويحل استمتاع كل منهما بصاحبه تحقيقاً لمقاصد النكاح ، فلا معنى لإيجاب مهر على الزوج بنفس العقد.

وقد رجح هذا الحكم مذهب الأحناف في إيجاب المهر بالعقد للأدلة السابق ذكرها.

ويترتب على وجوب المهر باعتباره نتيجة لعقد الزواج وحقاً من حقوق الزوجية النتائج التالية :

١- إذا سلم الخاطب شيئاً من المهر إلى مخطوبته ، ثم عدل أحد الطرفين عن إبرام العقد أو مات أحدهما، فيحق استرداد ما سلمه بعينه إن كان موجوداً وإلا فيسترد مثله أو قيمته يوم تسلمه وقبضه.

وقد جاء تقرير ذلك في حكم محكمة جرجا بتاريخ ٢٦/ ٢/ ١٩٤٥ حيث ورد فيه أن المهر إنما يستحق شرعاً بالعقد. فإذا لم يتم العقد كان لمن أداه الحق في طلب رده إليه، ولو كان العدول عن العقد آتياً من جانبه.

٢ـ لا تتوجه المطالبة إلى الكفيل بالمهر إلا إذا ثبت قيام العقد الصحيح، طبقاً لما جاء في الحكم الكلي الشرعي المستأنف لمحكمة أسيوط بتاريخ ١٩٢٦/٨/٢٣.

٣ـ المهر حق للزوجة تملكه ملكاً خالصاً، وتتصرف فيه كما شاءت، بهبته لزوجها أو وليها. وتشتري به ما تشاء لنفسها أو لبيت الزوجية من أثاث أو فرش أو غيره. ولكن لا تجبر على فعل شئ من ذلك بما أخذته من مهر.

وقد جاء في المادة السادسة والثلاثين من مشروع القانون العربي الموحد النص على ذلك، ولفظها : «المهر ملك للمرأة تتصرف فيه كيف شاءت ولا يعتد بأي شرط مخالف».

وفي المادة السابعة والتسعين من الأحكام الشرعية النص على أن : «المهر ملك المرأة تتصرف فيه كيف شاءت بلا أمر زوجها مطلقاً وبلا إذن أبيها أو جدها عند عدمه أو وصيهما إن كانت رشيدة ، فيجوز لها بيعه ورهنه وإجارته وإعارته وهبته بلا عوض من زوجها ولا والديها ومن غيرهم».

ويترتب على هذا أنه لا يحق للزوج مطالبة زوجته بإنفاق مهرها في تأثيث بيت الزوجية، ولا يصح لهذا ما جاء في حكم محكمة سمالوط بتاريخ ٤/ ٦/ ١٩٣٢ من وجوب صرف المهر في تجهيز منزل الزوجية ، بناء على أن «العادة والعرف يقضيان بأن الزوجة تجهز بمهرها وتزف به لزوجها ولا يدخل بها الزوج عادة إلا بعد أن تزف إليه بما جهزت به من مهرها، وهذه عادة مستفيضة في جميع البلاد المصرية، لا يختلف فيها

إقليم عن آخر، وهو عرف منتشر لا يخفى على أحد، حتى أصبحت هذه العادة لازمة من لوازم الدخول، والعادة لها اعتبار في الأحكام».

٤- لا يصح اشتراط الصداق على ولي الزوجة أو ولي الزوج ابتداء، لمخالفة حكم الشارع في وجوب الصداق على الزوج، وإنما يصح ضمان ولي الزوجة أو الزوج ما يجب للزوجة من مهر، وتتجه الزوجة بالمطالبة إلى الزوج أو كفيله بمقتضى القواعد العامة لعقد الكفالة. ولو اشترط الكفيل (ولي الزوج أو الزوجة في هذا الافتراض) براءة ذمة الأصيل وهو الزوج فإن هذا يكون عقد حوالة بدين الصداق، ولا تطلب الزوجة المهر إلا من المحال عليه وهو الولي.

طبيعة المهر:

المهر ليس ركناً في الزواج ولا شرطاً من شروط صحته أو نفاذه أو لزومه، وينعقد العقد صحيحاً نافذاً لازماً بدونه. ويصح الزواج إذا لم يتفق الزوجان على تسميةح المهر وتحديده، أو إذا اتفقا على عدمه والأمهر للزوجة، ويفسد هذا الشرط كما تقدم، ويجب للزوجة مهر مثلها.

والمهر بهذا أثر من آثار عقد الزواج وحكم من أحكامه التي تترتب عليه. ويصح لهذا الاتفاق على تعجيل شيء منه وتأجيل باقيه إلى وقت يتفق عليه، ويصير ديناً في ذمته تطالبه بأدائه عند حلول هذا الأجل المتفق عليه.

والمهر حق للزوجة تتصرف فيه بعد انتقاله إلى ملكها بالعقد كما تتصرف في أي مال آخر مملوك لها.

ويتعلق المهر بحق الشارع في الابتداء، فلا يملك أحد إسقاط وجوبه

ولا إنقاص مقداره عن الحد الأدنى الذي وجب عند بعض الفقهاء، كالأحناف الذين أوجبوا ألا يقل المهر عن عشرة دراهم، فيما سبق توضيحه.

ومن جهة أخرى، فإن المهر يتعلق بحقوق الأولياء ، ولذا لو زوجت المرأة نفسها من أحد بأقل من مهر المثل كان لأوليائها الحق في الاعتراض لاستيفاء مقدار مهر المثل.

قبض المهر:

قبض المهر حق خالص للزوجة البالغة الرشيدة وليس لأحد أيا كان أن يقبض مهرها دون رضاها. وقد جاء النص على ذلك في الحكم المستأنف لمحكمة العياط الشرعية بتاريخ ١١/ ٢/ ١٩٢٩.

ويترتب على هذا الأصل أنها إذا عبرت للزوج أو أبلغته بألا يسلم المهر إلا إليها فسلمه لغيرها من ولي أو قريب لم تبرأ ذمة الزوج بهذا التسليم.

ومن جهة أخرى فإنها إن رضيت صراحة أو دلالة بتسليم المهر إلى وكيلها أو وليها برئت ذمة الزوج بتسليمه إلى أي منهما.

وقد جاء في الحكم الشرعي المستأنف لمحكمة شبين القناطر بتاريخ ٢٤/ ١١/ ١٩٣٢ أن والد الزوجة البالغة غير السفيهة له قبض مهرها إذا لم يحصل منها نهي صريح له عن قبضه، وذلك لجريان العادة بأن الأب يقبض مهر ابنته ليضم إليه شيئاً من ماله الخاص ويجهزها به .

وقد جاء في حكم آخر النص على أن الولي يملك قبض المهر

والخصومة فيه، لأن من ملك القبض ملك الخصومة كذلك.

ومن هذا يتضح أن حق الولي في القبض إنما يقوم على أساس رضا الزوجة بهذا، وتملك بهذا الاعتبار إسقاط هذا الحق كما تقدم.

ويترتب على حق الولي - المقيد برضا الزوجة الكاملة الأهلية في قبض المهر الحكم ببراءة ذمة الزوج من معجل هذا المهر بإقرار وليها أو وكيلها بهذا القبض، وقت العقد أو بعده. ولا حق للزوجة في الامتناع عن الانتقال لمنزل الزوجية حتى يوفيها الزوج عاجل صداقها إذا ثبت قبض الوكيل معجل الصداق.

وفي حكم محكمة الجيزة (٥/ ٦/ ١٩٣٥) الاستناد إلى إبراء ذمة الزوج بالوفاء بمعجل الصداق لولي الزوجة، واعتبار منعها نفسها حتى تستوفي هي عاجل صداقها قائماً على غير أساس، وإنما حكم ببراءة ذمة الزوج بالتسليم إلى الوكيل لأن يد الوكيل كيد الأصيل. ولذا فإنه لا حق للمدعية في منع زوجها من الدخول بها، وترجع إلى الوكيل لاستيفاء حقها منه، ولا حق لها في النفقة إذا استمرت على نشوزها، لأن منعها زوجها من الدخول بها مع مطالبته إياها بذلك يعد نشوزاً والناشز لا نفقة لها.

أما بالنسبة للمرأة الغير الكاملة الأهلية فإن حقها في قبض مهرها للولي على مالها، وولي المال عند الأحناف أحد هؤلاء الستة: الأب ثم وصيه، والجد ثم وصيه، ثم القاضي، ثم وصيه.

وقد جاء في المادة الخامسة والتسعين من الأحكام الشرعية ما يلي:

«للأب والجد والوصي والقاضي ولاية قبض المهر للقاصرة بكراً كانت

أو ثيباً، وقبضهم معتبر يبرأ به الزوج فلا تطالبه المرأة بعد بلوغها، والمرأة البالغة تقبض مهرها بنفسها فلا يجوز لأحد من هؤلاء قبض مهر الثيب البالغة إلا بتوكيل منها، ولا قبض مهر البكر البالغة اذا نهت عن قبضه، فلو لم تنه فلهم قبضه».

مقدار المهر:

المهر ليس له حد أدنى عند جمهور الفقهاء، ويصح أن يكون بأي شئ قليلاً أو كثيراً، وهو مذهب الشافعية والحنابلة. وقدر فقهاء الأحناف أقل المهر بعشرة دراهم أو دينار (الدينار يساوي ٤,٢٥ جراماً من الذهب) لحديث صح عندهم وهو أنه : «لا مهر أقل من عشرة دراهم». وقد صَرَف الأحناف الأحاديث المخالفة لهذا التحديد كقوله ﷺ لأحد صحابته : «التمس ولو خاتماً من حديد» فتحمل على المقدار المعجل من المهر.

وقد رأى المالكية أن أقل المهر ثلاثة دراهم أو ربع دينار. ولا يخفى أن المعمول به هو رأي الأحناف، ولهذا فإنه إذا اتفق الزوجان على مهر أقل من الحد الأدنى للمهر فإن هذا الحد الأدنى هو الواجب.

وليس للمهر حد أعلى، وهو ما يستفاد من قوله تعالى : ﴿وآتيتم إحداهن قنطاراً﴾، وهو ما فهمته المرأة التي اعترضت على الخليفة عمر بن الخطاب، وهو يخطب على المنبر مقترحاً وضع حد أعلى للمهر بأربعمائة درهم، منعاً من المغالاة في المهور، وقالت هذه المرأة : ليس ذلك إليك، وقد قال الله تعالى : ﴿وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً﴾ ، فقال عمر : أصابت امرأة وأخطأ عمر.

ومع ذلك ، فإن المغالاة في المهور من الأمور المذمومة للقواعد العامة التي تمنع من الإضرار وأن يحب المرأ لأخيه ما يحب لنفسه، وكان ﷺ يقول : «إن أعظم النكاح بركة أيسره مؤونة».

شروط المهر:

يشترط في المهر ما يلي :

١ـ أن يصح بيعه وتملكه كالنقود والعقارات وكلّ مال متقوم معتبر شرعاً، وهو ما أوضحته المادة الحادية والسبعون من الأحكام الشرعية، ولفظها : «كل ما كان مقوماً بمال من العقارات والعروض والمجوهرات والأنعام والمكيلات والموزونات ومنافع الأعيان التي يستحق بمقابلتها المال يصلح تسميته مهرا».

والمال المتقوم هو المال الذي تبذل فيه القيم والأثمان، والمعتبر من جهة الشرع أي الذي لم يهدر الشرع قيمته كالخمر والخنزير في حق المسلم.

وقد جاء في المادة الثانية والسبعين من الأحكام الشرعية أن : «كل ما ليس مقوماً بمال في ذاته أو في حق المسلم لا يصلح تسميته مهراً، وإن سمى فالعقد صحيح والقيمة فاسدة ».

٢ـ أن يكون معلوماً فلا يجوز أن يكون المهر مجهولاً جهالة تمنع تسليمه، كمنزل وحيوان وسيارة لتفاوت قيم أفرادها تفاوتاً فاحشاً.

٣ـ السلامة من الغرر الذي يمنع التسليم كسيارة مسروقة ومنزل عليه نزاع قضائي.

المهر المعجل والمؤجل:

يصح تعجيل المهر كله وتأجيله كله إلى أجل قريب كعشرة أيام أو بعيدة كسنة وأكثر٠

على أن الواجب الا يدخل بالزوجة الا بعد أن يعجل بشيء من المهر المتفق عليه، لأن علياً رضي الله عنه لما تزوج فاطمة بنت رسول الله ﷺ وأراد الدخول بها منعه النبي ﷺ حتى يعطيها شيئاً، فقال : يا رسول الله ليس لي شيء! ، فقال ﷺ : أعطها درعك، فأعطاها درعه٠

ويجري تعيين المقدار المعجل والمؤجل وتعيين الأجل بالاتفاق إن وجد، وإلا كان عرف البلد الواقع فيه العقد هو المرجع ، وفي المادة الثالثة والسبعين من الأحكام الشرعية النص على ذلك ٠

جاء في هذه المادة : «يصح تعجيل المهر كله وتأجيله كله إلى أجل قريب أو بعيد وتعجيل بعضه أو تأجيل البعض الآخر حسب عرف أهل البلد»٠

وقد جرى العمل في القضاء برأي أبي حنيفة ومحمد في أن الزوجة لا يحق لها أن تمنع نفسها من زوجها والدخول في طاعته لاستيفاء القدر المؤجل من المهر حتى بعد حلول الأجل٠

ومعناه أنهما لو اتفقا في المهر على ألفين نصفه مؤجل إلى عامين ونصفه معجل، فوفى لها القدر المتفق على تعجيله ودخل بها فإنها لا تمتنع منه إن حل الأجل ، ولم يدفع المقدار المؤجل من المهر٠

وقد جاء في الحكم الشرعي الكلي المستأنف لمحكمة المنصورة بتاريخ ١٧/ ٣/ ١٩٣١ أنه إذا جعل الزوجان بعض المهر حالاً وبعضه مؤجلاً إلى

وقت الحلول شرعاً وقبضت الزوجة بعض المال وأجلت قدراً منه أجلاً معيناً خرج هذا القدر بالتأجيل عن أن يكون حالاً• فليس للزوجة والزوجية قائمة أن تمنع نفسها لاستيفاء ما أجلته من المال وإن حل أجله •

وفي تاريخ لاحق ٢٢/ ١١/ ١٩٣٦م حكمت محكمة أسيوط الكلية في حكم مستأنف لها بأنه إذا تأجل مقدم الصداق إلى أجل لم يحل فليس للزوجة حق الامتناع عن الطاعة لا قبل الحلول ولا بعده•

ويفترق عاجل الصداق عن آجله حسبما جاء في الفقفه وأقره القضاء في أن طلب عاجل الصداق يثبت من تاريخ العقد، ولذا تحتسب مدة التقادم Limitation بمضي خمس عشرة سنة من تاريخ العقد• ولو مضت هذه المدة بدون عذر مقبول امتنع سماع الدعوى• أما حق طلب مؤجل الصداق فإنما يثبت للزوجة بعد الوفاة أو لاطلاق لا من وقت النكاح، ويبدأ احتساب وقت التقادم من تاريخ ثبوت الحق في الطالبة•

وقد نص ابن عابدين في حاشيته في كتاب القضاء على أن ترك الدعوى إنما يتحقق بعد ثبوت طلبها، ومعناه أنه لا تحتسب المدة المقدرة بخمس عشرة سنة من وقت النكاح• ولها طلب مؤخر المهر بعد مضي هذه المدة لأن طلبه إنما يثبت لها بعد الموت أو الطلاق لا من وقت النكاح•

وقد جاء النص على هذا الفرق بين عاجل الصداق وآجله في حكم محكمة ملوي الصادر بتاريخ ٣٠/ ١٠/ ١٩٤٣•

وإنما يحل مؤجل الصداق عند عدم تعيين الأجل في العقد بأي من الطلاق أو الموت طبقاً للرأي الراجح المعمول به بناء على أن هذا هو

العرف، والقاعدة أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً فيما يذكر الكاساني.

وفي المغني لابن قدامة أنهما : «إذا اتفقا على التأجيل دون أن يعينا وقتاً صح التأجيل إلى وقت التفرقة، فإن أحمد قال إذا تزوج على العاجل والآجل لا يحل الآجل إلا بموت أو فرقة وهذا قول النخعي والشعبي».

غير أن الطلاق الذي يوجب المؤجل من الصداق هو الطلاق البائن، فقد جاء في حاشية ابن عابدين حكاية الخلاف في المذهب الحنفي فيما إذا طلق امرأته طلاقاً رجعياً أن بعض المشايخ على أنه يتعجل حق الزوجة في المهر المؤجل بمجرد الطلاق ولو كان رجعياً، على حين ذهب عامة المشايخ إلى أن حقها في مهر لا يتعجل من هذا الطلاق إلا بعد انقضاء العدة وصيرورته طلاقاً بائناً.

ويعلق ابن عابدين على حكاية هذا الخلاف بقوله : «يتعجل بالرجعي مطلقاً أو إلى انقضاء العدة كما هو قول عامة المشايخ».

ويوضح ذلك أن عامة المشايخ قد ذهبوا إلى أن المؤجل إلى أقرب الأجلين لا يتعجل بمجرد الطلاق الرجعي ، بل لا بد من انقضاء العدة، وهذا هو الذي عليه عمل المحاكم في مصر طبقاً لما جاء في حكم مستأنف لمحكمة الجمالية بتاريخ ١٩/ ٦/ ١٩٤٦.

وطبقاً لذلك، فإن مؤخر الصداق حق للزوجة على الزوج المطلق، ولا تبرأ ذمته إلا بالوفاء به، أو الإبراء منه، ما دام ثابتاً في ذمته، ويلزمه الوفاء به بعد الطلاق ومرور العدة.

ويحل أجل الصداق بوفاة الزوجة وتضاف قيمته إلى تركتها التي

تنتقل إلى ورثتها، طبقاً لما جاء في أقوال الفقهاء وما عبر عنه حكم محكمة الوايلي بتاريخ ٢٥/ ١٠/ ١٩٩٥٠.

الامتناع عن الوفاء بالمهر:

تقدم وجوب المهر معجلاً ومؤجلاً بالعقد، وحق الزوجة في المطالبة بالمعجل بمجرد انعقاد العقد . وفي المطالبة بالمؤجل بحلول أجله المتفق عليه في العقد أو العرف، لأنها أسقطت حقها في المطالبة به قبل هذا الأجل.

غير أن السؤال الذي يثور فيما إذا امتنع الزروج عن أداء المتفق على تعجيله هو : هل يحق للزوجة أن تمنع زوجها حقوقه الزوجية في معاشرتها؟ يجري التفريق في ذلك بين حالتين :

- الحالة الأولى أن يكون ذلك قبل الدخول بها والخلوة الصحيحة، وفي هذه الحالة يجوز لها أن تمنع نفسها منه.

يقول الكاساني: «للمرأة قبل دخول الزوج بها أن تمنع الزوج عن الدخول حتى يعطيها جميع المهر ثم تسلم نفسها إليه». وحتى وإن «كانت قد انتقلت إلى بيت الزوجية ، لأن امتناعه عن أداء ما وجب لها عليه من مهر إضرار بها ، فكان لها أن تمتنع عن القيام بحقوقه حتى يؤدي واجباته، وليس للزوج بذلك أن يمنعها عن السفر أو الخروج من منزله إلا إذا أوفاها المعجل من المهر».

- والحالة الثانية: أن يكون قد دخل بها أو انعقدت لهما خلوة صحيحة. وفي ذلك اختلاف علماء المذهب، فرأي أبو حنيفة أن لها أن تمنع نفسها منه كذلك ، وأن تمتنع عن الخروج من بلدها إذا أراد الزوج السفر من

هذا البلد.

أما أبو يوسف ومحمد فقد ذهبا إلى أنها بقبولها الدخول أو الخلوة الصحيحة قد أسقطت حقها في استيفاء المهر ورضيت بالتأجيل ضمناً، فلا يرجع إليها الحق في منع نفسها ، وهو مذهب كل من المالكية والشافعية والحنابلة.

ومع ذلك، فقد اتجه حكم محكمة ملوي بتاريخ ١٢/ ٢/ ١٩٤٧ إلى الأخذ بحق الزوجة المدخول بها في منع نفسها من زوجها حتى تستوفي ما جرى العرف بتعجيله من المهر، بناء على أن وفاءها بحقوقه عليها مقيد بوفائه هو الآخر بحقوقها عليه. ولا يعني تسليمه بحقوقه في الماضي أنها رضيت بإسقاط حقها.

ويتجه القضاء الباكستاني إلى الأخذ بمذهب الجمهور في الموافقة على حق الزوجة في منع الحقوق الزوجية Conjugal Rights للزوج إذا لم يكن قد دخل بها حتى تستوفي حقها في أخذ القدر المعجل من المهر لكن لا حق لها في منع زوجها هذه الحقوق إذا كان دخل بها . وتصدر المحكمة حكمها في مثل هذه الأحوال مقرونا بالنص على اشتراط دفع القدر المعجل من المهر.

أما بالنسبة للقدر المؤجل من المهر فلا يثور الخلاف السابق في الإجابة عن السؤال المتعلق بحق الزوجة في منع نفسها، والإجماع في المذهب الحنفي على أنه لا حق للزوجة في الامتناع عن الدخول والانتقال إلى منزل الزوج إذا كان المهر بعضه حالاً وبعضه الآخر مؤجلاً وقام الزوج بدفع الجزء الحال.

والإجماع كذلك في هذا المذهب على أنه لا حق لها في منع نفسها إذا كان المهر كله مؤجلاً إلى أجل معلوم واشترط الزوج الدخول قبل الوفاء بالمهر ورضيت هي بهذا الشرط.

والخلاف في المذهب فيما إذا كان المهر مؤجلاً ولم يشترط مثل هذا الشرط، ففي رأي أبي يوسف أن لها الحق في الامتناع عن الدخول بناء على أن الاتفاق على تأجيل المهر يفيد رضا الزوج بتأجيل مطالبته بحقوقه.

ومذهب أبي حنيفة ومحمد في ذلك أنه لا حق للمرأة في الامتناع عن الدخول بحكم أن الاتفاق على تأجيل المهر لا يفيد سوى رضاها بإسقاط حقها في المطالبة إلى حلول الأجل ولا يدل على رضا الزوج بتأجيل المطالبة بحقوق الزوجية إلى ما بعد وفائه بالمهر.

وجوب المهر كله:

يتأكد وجوب المهر المسمى جميعه إذا وجد سبب من الأسباب التالية:

١ـ الدخول لقوله تعالى: ﴿وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتاناً وإثماً مبيناً﴾.

فهذه الآية تنهي الأزواج عن المطالبة بشيء من المهر إن حدث الطلاق بعد الدخول، خلافاً للأعراف العربية السائدة قبل الإسلام كما سلفت الإشارة إليه.

٢ـ وفاة أحد الزوجين قبل الدخول، والعمل فيه بالإجماع فيما يذكره ابن رشد. يقول: «وأما وجوبه بالموت فلا أعلم الآن فيه دليلاً مسموعاً إلا انعقاد الإجماع على ذلك».

غير أن البهوتي الحنبلي قد أضاف إلى الاستدلال بالإجماع ما رواه معقل ابن سنان أن رسول الله ﷺ قضى في يروع بنت واشق، وكان زوجها مات ولم يدخل بها ولم يفرض لها صداقاً فجعل لها مهر نسائها لا وكس ولا شطط». ومهر نسائها أو نساء قومها هو مهر مثلها، ومنه يتضح أن الوفاة كالدخول في إيجاب المهر المسمى كله أو مهر المثل جميعه عند عدم التسمية أو فساد التسمية.

ولا فرق في إيجاب المهر كله بهذا السبب بين وفاة الزوج أو الزوجة، كما أنه لافرق بين حدوث الوفاة بدون جناية وبين حدوثها بجناية من أجنبي. كذلك لايسقط شئ من المهر إن قام الزوج بقتل الزوجة أو بقتل نفسه، وإنما الخلاف فيما إذا قتلت الزوجة نفسها أو قتلت زوجها.

فقد ذهب نفر من الأحناف خلافاً لسائر فقهاء المذهب الحنفي إلى سقوط المهر كله بقتل الزوجة نفسها أو بقتلها زوجها قبل الدخول. ووافقهم في هذا فقهاء المذهب الشافعي، وهو أقرب للعدالة فيما حققه أبو زهرة.

٣ـ الخلوة الصحيحة : ومعناها أن يجتمع الزوجان في مكان يأمنان فيه من اطلاع الغير عليهما دون أن يمنعهما مانع من الدخول الحقيقي. ومن الموانع أن يكون أحداهما صائماً أو مريضاً أو صغيراً.

وحكم الخلوة الصحيحة كالدخول الحقيقي في وجوب المهر كله في المذهب الحنفي والمذهب الحنبلي.

ويستدل الكاساني لذلك بنهي الشارع عن أخذ شئ من المهر إن أراد

الزوج تطليق زوجته، مع تعليل هذا النهي بمعنى الإفضاء في قوله : ﴿وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض﴾• ويفسر الكاساني إفضاء الزوج إلى زوجته بأنه هو الخلوة دخل بها أو لم يدخل• ويخالف المالكية والشافعية في هذا فلا يرون الخلوة بذاتها موجبة لجميع المهر ، وهو ما أخذ به الإمامية أيضاً•

والعمل على اعتبار الخلوة الصحيحة موجبة للمهر كله، وهو ما تؤكده المادة الحادية والثمانون من الأحكام الشرعية ولفظها : «بالوطء في نكاح صحيح أو فاسد أو بشبهة وبالخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح وبموت أحد الزوجين ولو قبل الدخول يتأكد لزوم كل المهر المسمى والزيادة التي زيدت فيه بعد العقد في النكاح الصحيح وكل مهر المثل في الفاسد والوطء بشبهه وعدم صحة التسمية وما فرض للمفوضة بعد العقد بالتراضي أو بفرض القاضي، ولا يسقط المهر بعد لزومه بأحد هذه المعاني الثلاثة ولو كانت من قبل الزوجة ما لم تبرئه»•

وإنما أجملت هذه المادة الأكحام التالية :

١ـ مؤكدات المهر هي :

ـ الدخول بعد عقد صحيح أو فاسد لغياب أحد شروط الصحة أو باشتراط أحد الطرفين شرطاً منافياً لمقتضى العقد كما تقدم• ويجب المهر بالدخول بشبهة كأن يتزوج خامسة ويدخل بها •

ـ وفاة أحد الزوجين على ما تقدم •

ـ الخلوة الصحيحة بعد النكاح الصحيح •

٢ـ المهر الواجب بأحد هذه المؤكدات يشمل المقدار المسمى برضا الطرفين أو بحكم القاضي أو الزيادة التي أضافها الزوج إلى المهر برضاه ، كما يشمل أيضاً مهر المثل الواجب إذا لم تصح التسمية أو فسد العقد على التفصيل الذي يأتي عند الحديث عن مهر المثل.

٣ـ إذا تأكد المهر بسبب مما سبق فإن ذمة الزوج تكون مشغولة به إلى حين الأداء أو إبراء الزوجة ذمة زوجها منه.

يجب على الزوج نصف المهر بشرطين :

ـ الشرط الأول : حدوث الطلاق قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة التي تقوم مقامه، حسبما ذهب إليه الأحناف والحنابلة في أمر الخلوة. ويلتحق بالطلاق الموجب لنصف المهر الفرقة التي وجبت شرعاً بفعل من الزوج كإيلائه منها وملاعنته لها (١). وكالحكم بعنته، وكالفرقة بردته وإبائه الدخول في الإسلام إن هي أسلمت وفعله بأصولها أو فروعها ما يوجب حرمة المصاهرة كالزنا والتقبيل بشهوة.

٢ـ أن يكون قد فرض لها مهراً محدداً عند العقد، أما لو كان فرض لها المهر

---

(١) الإيلاء هو الحلف على عدم معاشرة الزوجة قصداً إلى الإضرار بها، وتأكيد هجرها ، وقد أمهل القرآن الكريم مثل هذا الزوج المؤلي من زوجته أربعة أشهر، بحيث يردها في هذه الفترة أو تبين منه ويفارقها بعد مضى مدة الأربعة أشهر. أما اللعان فهو أن يحلف الزورج أربع مرات على اتهامه لزوجته بارتكابها جريمة الزنا، ويقسم في الخامسة أن عليه لعنة الله إن كان كاذباً في اتهامه هذا، وذلك ليدفع عن نفسه عقوبة القذف، وهي ثمانون جلدة، ويدفع عنها عقوبة الزنا أن تقسم أربع مرات على كذب اتهام زوجها لها بارتكاب هذه الجريمة، وتقسم في الخامسة أن عليها غضب الله إن كان صادقاً في اتهامه هذا. ويفرق القاضي بينهما بعد إجراء اللعان على هذا النمط .

بعد العقد فلا يجب شيء مما فرضه لها ولا تستحق سوى المتعة في مذهب أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف في قوله الأخير، وأحمد بن حنبل خلافاً للشافعية والمالكية الذين أوجبوا لها نصف المفروض مطلقاً، ولو حدث الفرض بعد العقد(١)، وإنما وجب نصف المهر بهذين الشرطين في قوله تعالى: ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾(٢).

والمهر الذي يتنصف هو المهر المسمى وقت العقد. أما المهر الذي يفرض بعد العقد بالتراضي أو بالقضاء إذا حدثت الفرقة قبل الدخول أو الخلوة فقد اختلفوا في تنصيفه، فذهب الأحناف إلى عدم تنصيفه، لأن العرف يطلق المفروض على المتفق عليه عند العقد لا بعده. وذهب الجمهور إلى تنصيفه، بناء على أن المفروض عند العقد كالمفروض بعده.

وجوب المتعة:

إذا طلق الزوج زوجته قبل الدخول بها وكان قد فرض لها مهراً فإن الواجب هو نصف هذا المهر، كما اتضح فيما سبق.

أما إذا لم يكن قد فرض لها مهراً فإن الواجب لها هو المتعة، وهي مقدار من المال يقضي به على الزوج للمطلقة على سبيل الإحسان والتلطف.

وتجب المتعة عند جمهور العلماء للمطلقة قبل الدخول إذا لم يكن

---

(١) بدائع الصنائع ٣٠٣/٢، والمغني لابن قدامة ٢٣٩/٧.
(٢) البقرة: ٢٣٧.

سمى لها مهرها في العقد (أو بعده عند الشافعية والمالكية على الخلاف السابق) وذلك لقوله تعالى : ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين﴾ (١) • فإن لفظ الأمر «متعوهن» مع قوله : «حقاً على المحسنين» من أبلغ ما يدل على الوجوب (٢)•

ولا ينحصر وجوب المتعة عند التسمية للمهر في الطلاق قبل الدخول، وإنما يتعدى هذا الوجوب إلى كل فرقة حدثت قبل الدخول بسبب من جهة الزوج كردته، أو ملاعنته للزوجة أو إيلائه منها أو عجزه عن الدخول بها لعنته حسبما تقدم• والقاعدة أن كل فرقة موجبة لنصف المهر عند التسمية توجب المتعة عند عدم هذه التسمية، لأن المتعة وجبت بدلاً من نصف المهر (٣)•

وتستحب المتعة للمطلقة التي وجب لها المهر أو نصفه حملاً لقوله تعالى: ﴿وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين﴾، على محمل الندب والاستحباب •

ويوجب الشافعية المتعة لكل مطلقة ، حتى المطلقة التي أخذت مهرها بتمامه لطلاقها بعد الدخول بها(٤)، وهو أحد الأقوال في المذهب الحنبلي والمالكي، كما أنه هو الذي أخذ به مذهب أهل الظاهر• وهذا ما استند إليه

---

(١) البقرة ، ٢٣٦•
(٢) البدائع ٣٠٣/٢•
(٣) السابق •
(٤) حاشية الجمل ٢٦٦/٤•

قانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ فيما جاء في المادة الثامنة عشرة مكرر ، ونصها : «الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا سبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسراً وعسراً وظروف الطلاق ومدة الزوجية ، ويجوز أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط »·

ويهدف إيجاب المتعة على هذا النحو إلى أمرين :

- أولهما: جبر خاطر المطلقة وتطبيب نفسها مما ألم بها من أثر الطلاق·

- ثانيهما: رفع تكلفة الطلاق على الرجل بما يؤدي به إلى التريث في إيقاعه وعدم الإقدام عليه إلا لسبب جوهري لا حيلة له في دفعه·

ولم يرد في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون ما يشير إلى هذا الهدف الأخير في إيجاب المتعة على الرغم من أنه لا يقل أهمية عن الهدف الأول، وهو ما التفت إليه الشيخ أحمد شاكر واستاذنا الشيخ على حسب الله في اقتراحهما إيجاب المتعة للمطلقة عموماً قبل صدور هذا القانون بوقت طويل، وقد انتهى الدكتور محمد بلتاجي من دراسته لإيجاب المتعة في هذا القانون إلى أمرين :

- أولهما : اعتبار أن إيجاب المتعة هو القول الصحيح الذي يتفق العمل به مع إعمال جميع النصوص الشرعية الواردة في المسألة، لأن الآيتين ٢٣٦/ ٢٤١ من سورة البقرة جاء فيهما النص علي اعتبار المتعة حقاً للمطلقة، وهو ما يعني كونه واجباً على الزوج· وفي الآية الثامنة والعشرين من سورة الأحزاب اقتران تخيير النبي ﷺ زوجاته بإخبارهن

بحقهن في التمتع.

ـ ثانيهما: أن تقدير الحد الأدنى للمتعة بنفقة عامين فيما جاء به هذا القانون أمر لا يتفق مع ما أورده الفقهاء ولا يحقق المصلحة، وكان يكفي أن يترك أمر التقدير للقاضي حتى يحكم وفق الظروف المختلفة بما يراه محققاً للعدالة.

ولعل هذا هو سبب تقدير المتعة لدى الفقهاء بمقدار معين، ففي الموطأ يقول مالك: «ليس للمتعة عندنا حد معروف في قليلها وكثيرها»(١).

كذلك قال أبو بكر الرازي الجصاص إمام الحنفية في عصره بشأن المتعة: «ولم يقدر أصحابنا ـ أي الأحناف ـ لها مقداراً معلوماً لا يتجاوزه ولا يقصر عنه، وقالوا هي على قدر المعتاد المتعارف في كل الوقت»(٢). وقد ذكر الشيرازي في المذهب أن القاضي هو الذي يقدر المتعة(٣).

وإذ تشير المذكرة التوضيحية للقانون إلى المذهب الشافعي والظاهري وابن تيميه في إيجاب المتعة تعويضاً للمطلقة التي وجب لها المهر أو نصفه فإنما يرجع القاضي إلى هذه المذاهب المذكورة في تقدير المتعة الواجبة.

سقوط المهر:

يسقط المهر كله عن الزوج بحيث لا يجب منه شئ للزوجة في الأحوال التالية:

---

(١) الموطأ كتاب الطلاق، باب ما جاء في متعة الطلاق، نقلاً عن دراسات في الأحوال الشخصية للدكتور محمد بلتاجي ص ١٧٥.

(٢) أحكام القرآن ٤٣٤/١، نقلاً عن دراسات في الأحوال الشخصية ص ١٧٦.

(٣) المهذب ٦٧/٢ ـ ٦٨، وانظر أيضاً: المحلي لابن حزم ٢٤٥/١٠ ـ ٢٤٦.

١ـ إذا وقعت الفرقة بينهما قبل الدخول والخلوة بسبب من جهتها هي ، كما إذا ارتدت عن الإسلام، أو أبت الدخول فيه إذا أسلم زوجها، ولم تكن كتابية أو فعلت ما يوجب حرمة المصاهرة وهو زناها بأحد أصول زوجها أو فروعه. ومن هذا القبيل أن تبلغ الصبية التي زوجها غير الأب والجد من الأولياء وتختار نفسها عند البلوغ قبل الدخول بها .

٢ـ الخلع على المهر، بحيث يسقط إن لم تكن قبضته وترده إليه إن كانت قبضته .

٣ـ الإبراء عن المهر أو هبته كله إذا كانت المرأة من أهل التبرع .

مهر المثل:

مهر المثل طبقاً لما جاء في المادة السابعة والسبعين من الأحكام الشرعية هو مهر امرأة تماثل المدعية بالمهر من عائلة أبيها كأختها وعمتها وبنت عمها. وتعتبر المماثلة وقت العقد سناً وجمالاً ومالاً وبلداً وعصراً وعقلاً وصلاحاً وعفة وبكارة وثيوبة، وعلما وأدباً وعدم ولد . ويعتبر أيضاً حال الزوج » . فإن لم يوجد من يماثلها في هذا من عائلة أبيها فيجب البحث عمن يماثلها في عائلة أخرى تماثل عائلة الأب ، وهذا من قبيل إعمال الأعراف والعادات، والأصل فيه أن رسول الله ﷺ قضى في بروع بنت واشق بمثل مهر نساء قومها» (١).

ويثبت تقدير مهر المثل بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين وبقول الزوج

(١) إعلاء السنن ٨٧/١١، ونيل الأوطار ٢١٧/٦، والمغني لابن قدامة ٢٤٧/٧، وشرائع الإسلام ٣٢٦/٢.

مع يمينه إن لم يوجد الشهود• ولا بأس برجوع القاضي إلى أهل الخبرة من المأذونين بتوثيق العقود في تحديد مقدار مهر المثل•

ويجب مهر المثل في الأحوال التالية :

١ـ إذا فسدت التسمية المتفق عليها عند إنشاء العقد أو بعده، لجهالة المسمى كمنزل أو سيارة ، لأن هذا المسمى ليس بمال أو لأنه مال غير متقوم شرعاً كخمر وخنزير، ولا يفسد العقد بفساد التسمية للمهر ويكون الواجب هو مهر المثل•

٢ـ اشتراط نفي المهر في التعاقد، كما هو الحال في نكاح الشغار الذي نهت عنه السنة، وصورته أن يزوج رجلاً بنتاً في ولايته من رجل آخر، على أن يقوم الآخر بتزويجه بنتاً في ولايته كذلك•

ويروي في ذلك عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ «نهى عن الشغار» وفسره بأنه هو «أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه ابنته وليس بينهما صداق»(١)•

٣ـ إذا أغفل الطرفان الاتفاق على المهر، وهذا هو نكاح التفويض ، وإنما سميت المرأة مفوضة ـ بكسر الواو ـ لأنها أسندت تعيين المهر وتقديره إلى الزوج ، وأما أنها مفوضة بفتح الواو ـ فتعني أن الولي هو الذي فوض أمر مهرها إلى الزوج لتقديره هو وتحديده بما يراه• ولا يفضي هذا التفويض إلى الخصومة أو المنازعة في أكثر الأحوال بناء على أن المهر هبة الزوج للزوجة، وأن المدار في المهر على التساهل والمسامحة من جانب الزوج

---

(١) نيل الأوطار ٢٧٧/٦•

والزوجة على السواء•

ومن الواضح مما تقدم أنه لا حق للمفوضة في شيء من المهر إن حدث الطلاق قبل الدخول، لأن التفويض يدل على الثقة بتصرفات الزوج والرضا بتقديره ونظره للأمور• وقد أسقط الحق في المهر بإقدامه على الطلاق قبل الدخول والرضا بالشيء رضا بما يتولد عنه من نتائج• وإذا أسقطت الزوجة ـ أو الولي ـ حقها في المهر على هذا النحو فلم يبق لها سوى الحق في التعويض بتقدير الشارع وهو المتعة•

الزيادة في المهر والحط فيه:

المهر حق للارع والزوجة والأولياء في الابتداء عند إنشاء العقد، أما بعد تمام العقد والاتفاق على المهر وتقرره بالعقد فإه يصبح حقاً للزوجة تتصرف فيه كيف تشاء؛ فلها أن تحط عن الزوج شيئاً منه، أو تنقصه، أو تتنازل عنه كله للزوج، ويطيب له أن يأخذ ما تهبه من المهر.

ويجوز للزوج أن يزيد في المهر، بأن يضيف إليه مقداراً من جنسه، وذلك بالشروط التالية:

١ـ أن يكون الزوج من أهل التبرع، وذلك بأن يكون بالغاً عهاقلاً رشيداً غير محجور عليه، والحجر بالمنع من التصرفات المالية.

٢ـ معلومية الزيادة، حتى لا تكون مجهولة جهالة تمنع تسليمها والمطالبة بها.

٣ـ قيام الزوجية حقيقة أو حكماً، وقيام الزوجية حقيقة بألا يقطعها الطلاق، وقيامها حكماً أثناء العدة.

بعض أحكام القضاء لهذه المرأة التي سبقت يدها إلى شئ من التركة «بغير خداع ولا استخدام للقوة "without force or fraud" أن تمنع هذا الشئ عن الورثة والغرماء وتحتفظ به إلى حين استيفاء دينها من منفعة ذلك الشئ أو ثمرته أو أجرته • وتشترط بعض أحكام القضاء ابتداء حيازة المرأة هذا الشئ بإذن سابق من المتوفى حال حياته أو برضا الورثة •

وعلى الرغم من أن الأحكام القضائية لا تعطي للمتوفى عنها زوجها الحائزة لبعض أعيان التركة الحق في التصرف في هذه الأعيان تصرفاً ناقلاً للملك، وأن هذه الأحكام لا تترك مجالاً للتشكك في اختلاف حيازة هذه المرأة لبعض أعيان التركة عن الرهن، فضلا عن توارد هذه الأحكام على أنه لا يوجد حق من حقوق الملكية No title لهذه المرأة على العين التي تحوزها ـ فإن الذي يظهر لي أن هذه الأحكام في مجموعها تخالف المبادئ الفقهية التي اعتبرت دين المهر ـ أسوة بسائر الديون ـ متعلقاً بذمة الميت التي يفترض بقاؤها إلى ما بعد قضاء مصالحه المختلفة، ومنها سداد ما عليه من ديون، ولا يبدو لي أن القضاء المصري قد وقع في هذا الخطأ الراجع إلى عدم التفريق بين ذمة الميت وذمة ورثته •

المهر ونفقة التجهيز:

النفقات المتعلقة بتجهيز وتكفين الزوجة المتوفاة ودفنها لا تحتسب من مؤخر صداقها، ولا تؤخذ من تركتها، بل يكون على زوجها وحده لا يشاركه في ذلك أحد كما لا يشاركه في نفقتها وقت حياتها أحد •

وقد أكد ذلك الحكم المستأنف لمحكمة الوايلي الابتدائية في ٢٥/ ٣/ ١٩٥٠ وجاء في هذا الحكم حكاية الخلاف في المذهب الحنفي ونقل

ما ورد في حاشية ابن عابدين من خلاف بين أبي يوسف وأبي حنيفة من جهة وبين محمد من جهة أخرى• ورأي الشيخين أبي حنيفة وأبي يوسف أن تكفين الزوجة ودفنها على زوجها مطلقاً سواء كانت غنية أو فقيرة ، وسواء وجد من أقاربها من تجب عليه نفقتها أو لا ، لأن نفقة الزوجة واجبة على زوجها مطلقاً وتجهيزها من نفقتها• وقال محمد : إن كان لها تركة فنفقة تجهيزها منها وإلا فنفقات تجهيزها على من تجب عليه نفقتها من أقاربها • وقول أبي يوسف هو المفتى به في المذهب ورجحه ابن نجيم في البحر الرائق •

الكفالة في المهر:

الكفالة ضم ذمة إلى أخرى في تحمل الدين والمطالبة به، وتتحقق بإيجاب الكفيل وقبول المكفول له وهو الدائن.

والكفالة من عقود التبرع، ويلزم لهذا أن يكون الكفيل من أهل التبرع، وذلك بأن يكون بالغاً عاقلاً رشيداً غير محجور عليه.

ويصح للأب أن يكفل أابنه الذي ولايته بما وجب عليه من مهر لزوجته.

ويترتب على الكفالة بالمهر الأحكام التالية:

١ـ حق الزوجة وأوليائها في مطالبة الكفيل أو المكفول عنه بما وجب لها من المهر.

٢ـ حق الكفيل في الرجوع على المكفول عنه بما أداه. ويستثنى من ذلك حق الأب في الرجوع على ابنه الذي في ولايته بما غرمه للزوجة من الرجوع

الفصل السابع

قضايا المهر ومتاع البيت

أولاً - قضايا المهر

كانت تثور المنازعات كثيراً بين الزوجين وورثتهما بشأن المهر ومقداره وقبضه• لكن شيوع توثيق عنقود الزواج وتسجيل مقدار المهر في هذه العقود قد أدى إلى قلة أعداد القضايا المتعلقة بالنزاع في مقدار المهر أو قبضه• ومن الناحية الموضوعية فإن المادة التاسعة عشرة من قانون ١٩٢٩ والمأخوذة من مذهب أإبي يوسف هي التي تحكم الخلاف بين الزوجين أو ورثتهما في مقدار المهر، ونص هذه المادة :

«إذا اختلف الزوجان في مقدار الهر فالبينة على الزوجة فإن عجزت كان القول للزوج بيمينه إلا إذا ادعى ما لا يصلح أن يكون مهراً لمثلها عرفاً فيحكم بمهر المثل• وكذلك الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما»•

ويجدر الالتفات إلى الأمور التالية :

١ـ تشمل البيئة المحررات الرسمية والعرفية٠ وقد يوضحه حكم محكمة الواسطي بتاريخ ١٨/ ١٠/ ١٩٣٤ حيث ورد فيه أن كتابة الورقة العرفية المحررة بمبلغ للزوجة على زوجها بخط المأذون ، وتاريخها بتاريخ يوم العقد عليها دليل على أن هذا المبلغ من عاجل صداقها، ولا يتنافى هذا مع الوارد بقسيمة الزواج من قبض عاجل الصداق جرياً على العرف والعادة٠ ويكون الإقرار الوارد بقسيمة الزواج إقراراً كاذباً بدلالة الورقة العرفية، حيث إن الثابت من الورقة العرفية أن المدعي عليه فيها بأن عليه لزوجته مبلغاً تسلمه منها نقداً في تاريخ عقد الزواج، كما هو ثابت بالوثيقة «واتحاد التاريخين وكتابة الورقة العرفية بخط المأذون دليل على أن هذا الدين هو باقي معجل الصداق، إذ لا سبب لهذا الدين سواه، وقد جرى العرف على ذلك، وغير معقول أن يستدين الزوج من زوجته يوم العقد عليها، فإن هذا يتنافى مع العرف وتأباه التقاليد، فيتعين أن يكون الدين الوارد بالورقة العرفية هو باقي مقدم الصداق»٠

ويؤكد الحكم الشرعي المستأنف من المحكمة الكلية بالمنصورة في ٣/ ١١/ ١٩٣١ هذا المبدأ كذلك، وهو أن تحرير الزوج على نفسه وقت عقد الزواج سنداً يساوي المهر قرينة قاطعة على أن المبلغ الوارد بالسند هو المهر٠

وتشمل البينة كذلك كلاً من الشهادة والقرائن والإقرار الخالي من التناقض٠

٢ـ إذا لم تستطع الزوجة تقديم البينة المحددة لمقدار المهر فإن القول للزوج مع

يمينه شريطة ألا يدعي شيئاً مخالفاً للعرف في تحديد مهرها ، فإن ادعى شيئاً لا يصلح أن يكون مهراً لها فإن مهر المثل هو الذي يجب لها.

٢- إذا كان الخلاف بين الورثة وأحد الزوجين أو بين ورثتهما فإن ورثة الزوجة هم الذين تلزمهم البينة، فإن عجزوا فالقول للطرف الآخر مع يمينه.

ثانياً - قضايا الجهاز ومتاع البيت

تجهيز المنزل واجب على الزوج:

على الزوج أن يعد المسكن وما يتطلبه من فرش ومتاع وأدوات منزلية للنوم والجلوس وتهيئة الطعام وتقديمه، لأن هذا كله من النفقة الزوجية الواجبة على الزوج والتي تشمل الطعام.

ولا يلزم الزوجة ولا والدها أن تعد الجهاز أو تسهم في تكلفة الأثاث والفرش بقليل أو بكثير، وما تأخذه من مهر هو خالص حقها تتصرف فيه كيفما شاءت إلا إن زاد شيئاً من المال في مقابلة الجهاز، ففي هذه الحالة يجب على الزوجة إعداد الجهاز المناسب لما دفعه زوجها، لأن المال الذي دفعه زائداً على المهر، هبة بشرط بشرط العوض، وموافقتها على أخذه تعني الرضا ببذل العوض طبقاً للمتعارف، لكن لو لم يستقل هذا المال الذي دفعه مع المهر وكان هذا المهر المسمى زائداً على مهر المثل فقد صحح ابن عابدين أنه لا يلزمها تجهيز منزل الزوجية بشيء من هذا المهر، ويختلف ذلك

عما يوجبه التعاون بينهما في الإعداد لحياتهما المشتركة • والمنفي إنما هو الوجوب القانوني الذي يجب الإلزام به، والراجح في المذهب الحنفي أن المرأة «لا تجبر على تجهيز نفسها من مهرها ولا من غيره ولا يجبر أبوها على تجهيزها من ماله ، فلو زفت بجهاز قليل لا يليق بالمهر الذي دفعه الزوج أو بلا جهاز أصلاً فليس له مطالبتها ولا مطالبة أبيها بشيء ولا تنقيص شيء من مقدار المهر الذي تراضيا عليه، وإن بالغ الزوج في بذله رغبة في كثرة الجهاز»[1].

تجهيز الأب ابنته :

وتملك الزوجة ما يشتريه الأب بمهرها من أثاث وجهاز طبقاً للأعراف الجارية، لأن هذا الأثاث عوض عن مهرها الذي تملكه . أما ما زاد عن ذلك فما اشتراه لها بماله هو فإنه يدخل في ملكها أيضاً إذا قصد الأب تمليكها وكان ذلك في حال صحته ، حتى لو مات قبل الوفاء بثمن الجهاز فإن هذا الثمن يصير ديناً في ذمة الميت يقضي من تركته ويوزع الباقي على الورثة بدون أن يخصم من نصيبها أي شيء لقاء هذا الدين، أما إذا لم يقصد التمليك أو قصده في حالة مرض الموت فإنه يعد من التبرع الذي لا يجوز إلا باذن الورثة •

وخلاصة الأحكام المتعلقة بتجهيز الأب ابنته فيما يلي :

١ـ إعداد الأب جهاز ابنته البالغة الرشيدة من ماله، وتسليمه هذا الجهاز لها من قبيل الهبة، وتملك الجهاز بالقبض من الأب.

---

(١) المادة ١١٢ من الأحكام الشرعية ، ومذهب المالكية أن تتجهز الزوجة بمقدار ما تقبضه من المهر ولا تلزمها الزيادة عليه إلا بشرط أو عرف.

٢ـ لا حق للأب في الرجوع فيما يهبه لابنته البالغة الرشيدة، وتقبضه منه، لأن هذه القرابة المحرمية بينهما مانعة من موانع الرجوع في الهبة.

٣ـ لا حق لورثة الأب في المطالبة بشيء من الجهاز الذي اشتراه الأب بماله، لأن وجود القرابة المحرمية بين الأب وابنته قد منعت الحق في الرجوع قبل الوفاة، فسقط حق الأب في الرجعو بهذا، فلا حق للورثة في المطالبة بشيء من الجهاز لهذا.

٤ـ أما إعداد الأب جهاز ابنته غير العاقلة أو غير البالغة، ممن كانت تحت ولايته، فبعد تسليمه للجهاز قبضاً منه نيابة عنها، بولايته عليها، وتتم الهبة دون حاجة لقبض جديد من قبل الإبنة، ولا يحق له أو لورثته الرجوع في الهبة لقيام القرابة المحرمية كما تقدم.

٥ـ إذا اختلف الأب والبنت في ملكية الجهاز الذي سلمه إليها، بأن ادعى أنه سلمه إليها على سبيل العارية، وذكرت أنه أعطاها الجهاز من ماله على سبيل الهبة فالمرجع في ذلك هو العرف، فإذا كان العرف على أن تجهيز الأب لابنته على سبيل الهبة والتمليك وجب عليه تقديم البينة على ما يقول، لأنه يدعي خلاف الظاهر، وإن كان العرف على اعتبار التجهيز عارية فهي التي تتحمل عبء الإثبات على دعواها المخالفة للظاهر.

الجهاز أمانة في يد الزوج:

وإذا صح تملكها لما اشترته بمهرها أو بأموال أبيها وأموالها هي فإنه يصير أمانة في يد الزوج بانتقال هذا الشيء الذي اشترته إلى بيته، ويعد الزوج مسئولاً عن هذه الأمانة بحيث تكون مضمونة عليه بالتعدي أو

التقصير في الحفظ . ومن التعدي أن يتصرف في الأمانة بما لا يرضى به المودع، وهو الزوجة[1] ، ومن ذلك أن يمتنع عن تسليمها لها دون وجه حق مع مطالبتها بتسليم[2].

وتنقلب يده بهذا الامتناع عن التسليم من كونها يد أمانة إلى أن تكون يد ضمان[3] . ومن التعدي أن ينتفع بالجهاز على غير إرادتها ورضاها، فإن تلف منه شيء بذلك كان ضامناً ما تسبب في إتلافه من ملك غيره. جاء في المادة ١١٦ من الأحكام الشرعية أن « الجهاز ملك المرأة وحدها فلا حق للزوج في شيء منه وليس له أن يجبرها على فرش أمتعتها له ولأضيافه، وإنما له الانتفاع بها بإذنها ورضاها، ولو غصب شيئاً منه حال قيام الزوجية أو بعدها فلها مطالبته به أو بقيمته إن هلك أو استهلك عنده »، ومن التعدي أن يقوم بغصب شيء من الجهاز. والغصب هو أخذ مال الغير بغير حق طبقاً للتعريف الفقهي. ويعد غاصباً إذا نقل الجهاز من منزل الزوجية إلى مكان آخر بغير رضاها، أو إذا سلمه ولو بقصد الحفظ إلى أحد من أقاربه. وحكم الغصب الحرمة واستحقاق الإثم ووجوب رد العين إن كانت قائمة موجودة والا فيرد مثلها إن كان لها مثل أو قيمتها إن لم يكن لها مثل. ومن الغصب أن ينقل الجهاز من مكانه إلى مكان آخر بدون إذن مالكته سواء علمت المكان المنقول إليه الجهاز أو لم تعلمه. ومنه كذلك تجهيل المتاع أو الجهاز ، والتجهيل في هذا الخصوص على نحو عام هو ألا يخبر الزوج ورثته قبل موته بالبيانات اللازمة لمعرفة أعيان الجهاز ومكان وجوده حتى يتيسر لمالكته

---

(١) حكم محكمة ليروط بتاريخ ١٩٤٥/٣/٦

(٢) حكم محكمة أسيوط في ١٩٤٥/٦/١١.

(٣) حكم محكمة سوهاة في ١٩٤٨/٥/٥.

الاستدلال عليه وأخذه . أما إن مات مجهلاً الجهاز فإن عرف مكانه أو مكان بعضه أخذت ما تجده منه بعينه، ويصير ما يبقى منه مما يستدل عليه ديناً في ذمة الميت، فيقضي من تركته كسائر الديون[1].

وقد جاء تعريف التجهيل للجهاز في عدد من الأحكام القضائية بأنه يكون «بموت الأمين عليه مجهلاً بمعنى أن يموت ولا يبين حالته ولا يعلمه وارثه، فإن عرف الوارث الأعيان وعلمت صاحبة الجهاز أن الوارث يعلم ومات المورث ولم يبين فلا تجهيل »[2].

ويكفي ثبوت التجهيل أو الغصب للحكم بضمان الجهاز على الزوج·

وللزوجة الحق في رفع دعوى الغصب على أي شخص يوجد شيء من جهازها عنده حتى ولو كان ذلك بإذن زوجها، لأنه لا حق له في التصرف في هذا الجهاز أو في نقله أو إيداعه بدون إذنها هي لأنها المالكة · والقاعدة الفقهية أنه لا يجوز التصرف في ملك الغير بغير اذنه ، ويعد من وجد متاعها عنده «غاصب الغاصب» في اصطلاح الفقه الإسلامي·

غير أنه إذا وجد المتاع عند الزوج أو والده وأراد تسليمه للزوجة فامتنعت عن تسلمه منه بغير حق فإن الزوج يستمر اعتباره أميناً ولا يعد غاصباً لأنه إنما يعد غاصباً بالتصرف الغير المأذون فيه من المالك والمخالف للعرف أو بالامتناع عن التسليم مع المطالبة من جهة الزوجة ، فإن لم يمتنع عن التسليم لم يعد غاصباً، ولا يضمن ضمان الغصاب· وقد جاء في أحد

(١) انظر تعريفات لاتجهيل في شرح الحخمري على الأشباه والنظائر لابن نجيم ٧٦/٣ وفتح القدير ٦٧/٥ وحاشية ابن عابدين ٦٤٨/٤·

(٢) حكم محكمة ديروط بتاريخ ١٩٤٥/١٠/٣٠·

الأحكام القضائية أنه لا تصح دعوى الزوجة على والد زوجها بطلب جهازها أو قيمته متى سبق امتناعها عن تسلمه، حيث كانت الزوجة قد أرادت ضم والد زوجها إلى الخصومة في دعواها على الزوج، فحكمت المحكمة بأنه لا خصومة بين المدعية وبين والد الزوج، إذ إنه مقر بوجود الجهاز في يده وغير ممتنع عن تسليمه إليها فلا يمكن اعتباره غاصباً، ولهذا فإنه لا يكون خصماً في هذه الدعوى، ولأن إباءها تسلم الجهاز دليل على قصدها الإضرار بهذا المدعى عليه وعلى إرادة الكيد له والانتقام منه فتكون بذلك ظالمة والظالم لا يعان بل يجب أن يرد عليه قصده[١].

ولا تندفع مسئولية الزوج عن جهاز زوجته وأمتعتها بكون هذه الأمتعة مما يستهلك ، وقد ورد في حكم محكمة ديروط المشار إليه[٢]، قبلاً أن الدفع بأن بعض أعيان الجهاز مما لا يستهلك كالملابس غير مقبول ، لأن ذلك لا يمنع أن تكون أمانة كغيرها تضمن إذا وجد سبب الضمان. ولهذا تحرر القائمة بها على معنى أنها مضمونة متى هلكت ، لأنه لا يلزمها وهي في بيته أن تلبس من مالها، فما تلبسه من ذلك مضمون عليه». وعلى سبيل التوضيح فإن سبب الضمان الذي يشير إليه الحكم لا ينشأ باستهلاكها هي لهذه الملابس أو بإتلافها هي أو بنقلها إلى مكان آخر أو تضييعها، ومقصود هذا الحكم فيما يظهر هو أن الملابس التي جاءت بها إلى منزل الزوجية من مالها أو مال والدها تعد أمانة عند الزوج ويكلف بحفظها بما يحفظ به ماله وإذا تعدى أو قصر في هذا الحفظ ونشأ من ذلك ضياع هذه الملابس أو إتلافها فإنه يكون ضامناً لها، ولا يقبل دفعه لنفي ضمان هذه الملابس بأنها

---

(١) حكم محكمة أسيوط بتاريخ ١٩٣٤/٩/٢٣.

(٢) حكم محكمة أسيوط بتاريخ ١٩٣٤/٩/٢٣.

مما يستهلك بالاستعمال.

وخلاصة أحكام جهاز الزوجة بعد نقله لمنزل الزوج فيما يلي:

١ـ الجهاز الذي تأخذه الزوجة لمنزل الزوج أمانة في يده. ومقتضى كونه أمانة في يده أنه لا يكون مسئولاً عن سرقته أو تلفه بسبب لا يد له فيه، كاحتراق المنزل، أو غير ذلك من الأسباب التي تؤدي إلى إتلاف الجهاز.

٢ـ يصير الزوج ضامناً للجهاز إذا تعدى فيه أو قصر في حفظه على نحو أدى إلى ضياعه أو سرقته أو تلفه. ويضمن الزوج الجهاز ضمان الغصاب بالتصرف فيه بغير إذن الزوجة.

٣ـ يضمن الزوج الجهاز ضمان الغصاب كذلك إذا طالبته الزوجة برده وتسليمه لها، حتى أثناء استمرار الحياةح الزوجية.

مقتضى الحكم بضمان الزوج للجهاز أن يجب عليه رد قيمته إذا كان الجهاز من القيميات، وتتحدد قيمته بثمنه الذي يشترى به ويباع في الأسواق وقت حدوث الغصب.

٥ـ يقبل قول الزوج في ادعاء رد جهاز الزوجة إليها فيما ذكره ابن عابدين، إلا إذا أقامت الزوجة بينتها على عدم الرد.

٦ـ تصح الكفالة بأعيان الجهاز رغم أن الكفالة لا تصح إلا فيما هو مضمون على الأصيل. والجهاز أمانة في يد الزوج فكان الأصل أنه لا تصح الكفالة فيه. ولكن تصح الكفالة هنا محمول على تعليق قيامها بحدوث التعدي من الزوج في حفظ الجهاز، فتنشأ الكفالةح بهذا من وقت قيام التعدي. وهذه هي الكفالة المعلقة على وجود سبب الضمان. ويطالب

الكفيل والأصيل بالواجب من قيمة الجهاز، ويرجع الكفيل بما غرمه على الأصيل.

٧ـ الواجب على الزوج أن يرد أعيان الجهاز عند المطالبة، لأن الجهاز بأعيانه مملوك للزوجة، ويصير الواجب عليه هو قيمة الجهاز إن تلفت هذه الأعيان أو تعيبت تعيباً فاحشاً.

الاختلاف في متاع البيت والجهاز:

أولاً: إذا اختلف الزوجان في متاع البيت أو الأثاث أو الأجهزة وادعى كل واحد منهما أنها له فأيهما أقام البينة على ملكيته حكم له بها، وإن لم تكن لأي منهما بينة فإنه يحكم للزوجة بما يرجع إلى النساء بقرينة العرف، وذلك كأدوات الزينة والحلي وثياب النساء. كما يحكم للزوج بما ترجع ملكيته بقرينة العرف إلى الرجال كالكتب وأدوات العمل. أما إذا كانت الأشياء المتنازع عليها مما لا يختص بأيهما كالسجاجيد والفرش فقد ثار الخلاف بين الفقهاء الأحناف وإجمال آرائهم فيما يلي:

١ـ مذهب أبي حنيفة ومحمد أن يحكم بمثل هذه الأشياء المتنازع عليها والتي لا تختص في العرف بأيهما للزوج، بقرينة الحيازة وذلك لأن المسكن مسكنه وكل ما يحويه يكون له بشهادة الظاهر، وهو مذهب المالكية.

وقد عبر صاحب الأحكام الشرعية عن الرأي الأول، لأنه هو الرأي الراجح في المذهب الحنفي المقتصر عليه في التقنين، وهذا هو ما جاء في المادة (١١٨) من الأحكام الشرعية، ولفظها: «إذا اختلف الزوجان في حال قيام النكاح أو بعد الفرقة في متاعٍ موضوعٍ في البيت الذي يسكنان فيه سواء كان ملك الزوج أو الزوجة، فما يصلح للنساء عادة فهو للمرأة

الا أن يقيم الزوج البينة ، وما يصلح للرجال أو يكون صالحاً لهما فهو للزوج ما لم تقم المرأة البينة• وأيهما أقامها قبلت منه وقضي له بها ولو كان المتاع المتنازع فيه مما يصلح لصاحبه ، وما كان من البضائع التجارية فهو لمن يتعاطى التجارة منهما»•

ثانياً ـ أما إذا كان الخلاف بين أحد الزوجين وبين ورثة الآخر حول الجهاز أو متاع البيت فإنه يقضي للحي منهما حال موت الآخر في الرأي الراجح في المذهب الحنفي خلافاً لأبي يوسف الذي يقضي للزوجة بقدر ما يجهز به مثلها سواء كان الزوجان حيين أو مات أحدهما وبقي الآخر• وقد جاد في المادة (١١٩) من الأحكام الشرعية التعبير عن الرأي الراجح في المذهب، ونصها : «إذا مات أحد الزوجين ووقع النزاع في متاع الميت بين الحي وورثة الميت فالمشكل الذي يصلح للرجل والمرأة يكون للحي منهما عند عدم البينة»•

الاختصاص القضائي :

لما كانت الدعاوي المتعلقة بالجهاز ومتاع البيت من اختصاص المحاكم الشرعية بمقتضى المادتين الخامسة والسادسة من لائحة المحاكم الشرعية ١٩٣١ فإن نظر القضايا المتعلقة بهذا الأمر من اختصاص دوائر الأحوال الشخصية بالمحاكم الوطنية طبقاً لما جاء في المادتين الثالثة والرابعة من قانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ولا يصح الدفع بعدم اختصاص محاكم الأحوال الشخصية بنظر المنازعات المتعلقة بالجهاز أو امتعة الزوجة، كما لا تصح المطالبة بنقل مثل هذه المنازعات إلى القضاء المدني حتى ولو كان الأمين على الجهاز غير الزوج ، فقد استقر القضاء على اختصاص محاكم الأحوال

الشخصية بنظر الدعاوي المتعلقة بالجهاز دون نظر إلى صفة المدعي عليه ؛ لأن المادتين المشار إليهما من اللائحة المذكورة قد ورد فيهما النص على اختصاص المحاكم الشرعية بالدعاوي المتعلقة بجهاز الزوجية، وقد انتقل اختصاص هذه المحاكم إلى دوائر الأحوال الشخصية فأي نزاع يتعلق بجهاز الزوجية إنما تختص به هذه الدوائر

الفصل الثامن

النفقـة

الفصل الثامن

النفقة

النصوص:

١ـقال تعالى : ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده﴾ (البقرة ٢٣٣).

٢ـ قال تعالى : ﴿اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وأتمروا بينكم بمعروف وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى. لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها سيجعل الله بعد عسر يسراً﴾ (الطلاق).

٣ـ روي جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال في خطبته في عرفة

يوم عرفة : «اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله . . لكم عليهن الا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه . . ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » واه مسلم وأبو داود، كما رواه عمر بن الأحوص[1]٠

٤ـ روت عائشة أن هنداً بنت أبي عتبة قالت : يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم ٠ قال : «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»٠

المعني :

في آية البقرة المذكورة مجموعة من الأحكام منها الإشارة إلى مدة الرضاع المقدرة بالحولين ، وإيجاب نفقة الزوجات على الأزواج «بما جرت به عادة أمثالهن في بلدهن من غير إسراف ولا تقتير بحسب قدرته في يساره وتوسطه وإفتقاره، كما قال تعالى : ﴿لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها سيجعل الله بعد عسر يسراً﴾٠

قال الضحاك : إذا طلق زوجته وله منها ولد فأرضعت له ولده وجب على الوالد نفقتها وكسوتها بالمعروف[2]٠

والأمر في قوله تعالى (أسكنوهن) يفيد إيجاب السكنى، وقوله (من وجدكم) يعني حسب الاستطاعة وقدر ما يجده أحدكم ، و (لا تضاروهن) نهى عن الإضرار بالزوجات في السكن أو النفقة بمعنى عدم التضييق عليهن في ذل بالمنع أو الماطلة أو التقتير مع القدرة . .

(١) إعلاء السنن ٢٨٨/١١٠

(٢) تفسير ابن كثير ٤١٨/١٠

وفي خطبة الوداع التي روى جابر جزءاً منها في الحديث المذكور إيجاب النفقة للزوجة. وفي حديث هند إباحة أن تأخذ الزوجة من مال زوجها قدر كفايتها من النفقة دون إذنه أو علمه .

معنى النفقة وأنواعها :

النفقة من الإنفاق بمعنى الإخراج . تقول : أنفق الرجل ماله أي أخرجه ، وتستعمل كذلك بمعنى الرواج، فنفقت السوق يعني راجت وكثرت حركة التبادل فيها. وتعني النفقة في اللغة الطعام والإدام وما يشابههما من الحوائج الضرورية ، وقد عرف بعض الفقهاء النفقة بأنها الإدرار على الشيء أو الشخص بما به بقاؤه من نحو مأكول وملبوس وسكنى دون إسراف. وقد عرفها بعضهم بأنها كفاية من يعوله من الطعام والكسوة والسكنى. ويشمل الطعام الأكل والشرب، كما يشمل الكساء الغطاء والفرش، ويشمل السكن البيت ومتاعه وما فيه من أثاث لازم وما يتكلفه من مرافق مختلفة كالإنارة والغاز وما يشبههما من أمور.

وقد ورد في بعض الأحكام القضائية إشارة إلى أن النفقة في اصطلاح الفقهاء هي : «الطعام الكسوة والسكني، فإذا أطلق لفظ النفقة انتظم هذه الأمور الثلاثة شأن العام يتناول جميع أفراد مفهومه دفعة واحدة . فقد جاء في التنوير وشرحه من باب النفقة : وتجب النفقة بأنواعها على الحر لطفله. وعلق ابن عابدين على قوله بأنواعها بقوله من الطعام والكسوة والسكنى». والنفقة في القضاء كذلك[1].

---

(١) حكم استئناف المنيا في ١٩٥١/٦/٣٠.

وطبقاً لتعريف النفقة هذا التعريف لم يكن يلزم الفقهاء الزوج بمداواة زوجته أو بمصاريف ولادتها أو أجر الطبيب•

وقد نص ابن عابدين على أن الزوج لا يلزم بشراء دواء مرض زوجته ولا أجرة الطبيب ولا مصاريف الولادة •

وقد أشارت الأحكام القضائية الحديثة إلى هذا المعنى ونفت التعليل لإيجاب مصاريف الولادة على الزوج بالمحافظة على الصغير، ونبهت هذه الأحكام إلى أن عدم وجوب الدواء على الزوج مطلق غير مقيد•

وفي حكم قضائي حديث تم التنبيه فيه إلى أنه لا يلزم الزوج ما تطلبه النفساء مقابل ما صرفته في نفاسها من دهن وسكر ولحوم وعلاج يفيدها في استعادة صحتها من أثر الولادة• أما أجرة القابلة أو الطبيب المولد فإنه على الزوج فيما رجحه ابن عابدين لأن عمله لمصلحة المولود فيكون في نفقته الواجبة على المولود له[1]•

والنفقة قسمان في الفقه الإسلامي :

- أولهما النفقة على النفس ، وتتقدم على غيرها لقوله ﷺ أبدأ بنفسك ثم بمن تعول •

- والثاني النفقة على الغير، وتشمل ما يلي :

١ـ النفقة على الزوجة، وهذا موضوع البحث في هذا المقام•

٢ـ القرابة • والأصل في وجوبها على القريب الموسر لقريبه المعسر أو العاجز

---

(١) استئناف إمبابة ١٤٤/٥/٧•

عن الكسب قوله تعالى : ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ ، وقوله ﷺ لهند بنت أبي عتبة : «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» •

٣ـ الملك ، ولذا تجب نفقة الحيوان على مالكه ويجبر عليها ، منعاً من تعذيب الحيوان أو إتلافه ، ويلتحق بذلك ما ذكره بعض فقهاء المالكية من وجوب نفقة الحيوان العاجز عن الوصول لما يكفيه على من يلتجئ إليه ، فقد نصوا على أنه إذا التجأت هرة عمياء أو عاجزة إلى بيت إنسان فإنه هو الذي يجب عليه إعالتها وسد رمقها •

ويجبر الممتنع عن الإنفاق بأخذ النفقة الواجبة عليه رغماً عنه ودون رضاه إن كان له مال ظاهر ، وإلا فإنه يحبس لإكراهه على أداء ما عليه ولو كان أبا ، لأن في الامتناع إهلاكاً لمن تجب له النفقة •

وإذا تعدد المستحقون للنفقة فإنه ينفق عليهم جميعاً إذا كان عنده ما يكفيهم ، وإلا فإن النفقة على النفس تتقدم النفقة على الغير ، ويتقدم حق النفقة على الولد ثم على الزوجة ثم على الأم ثم على الأب ثم على سائر القرابات طبقاً لما جاءت به النصوص •

النصوص القانونية :

جاء في المادة الأولى من قانون ١٩٢٠ بعد التعديل الذي طرأ عليها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ :

«لا تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح ، إذا سلمت نفسها إليه ولو حكماً ، حتى لو كانت موسرة أو مختلفة معه في الدين» .

ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة.

وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضي به الشرع.

ولا تجب النفقة للزوجة إذا ارتدت أو امتنعت مختارة عن تسليم نفسها دون حق، أو اضطرت إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج، أو خرجت دون إذن زوجها.

ولا يعتبر سبباً لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية دون إذن زوجها، في الأحوال التي يباح فيها ذلك بحكم الشرع، مما ورد به نص أو جرى به عرف، أو قضت به ضرورة، ولا خروجها للعمل المشروع ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروط مشوب باساءة استعمال الحق، أو مناف لمصلحة الأسرة، وطلب منها الزوج الامتاع عنه.

وتعتبر نفقة الزوجة ديناً على الزوج من تاريخ امتناعه عن الإنفاق مع وجوبه. ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء.

ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة، نهايتها تاريخ رفع الدعوى.

ولا يقبل من الزوج التمسك بالمقاصة بين نفقة الزوجة وبين دين له عليها إلا فيما يزيد على ما يفي بحاجتها الضرورية.

ويكون لدين النفقة امتياز على جميع أموال الزوج، ويتقدم في مرتبته على ديون النفقة الأخرى».

وجاء في المادة السادسة عشرة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة

١٩٢٩ بعد تدعيلها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ما يلي :

«تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسراً أو عسراً على ألا تقل النفقة في حالة العسر عن القدر الذي يفي بحاجتها الضرورية .

وعلى القاضي في حالة قيام سبب استحقاق النفقة وتوفر شروطه أن يفرض للزوجة ولصغارها منه في مدى اسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى نفقة مؤقتة (بحاجتها الضرورية) بحكم غير مسبب واجب النفاذ فوراً إلى حين الحكم بالنفقة بحكم واجب النفاذ .

وللزوج أن يجري المقاصة بين ما أداه من النفقةح المؤقتة وبين النفقةح المحكوم بها عليه نهائياً ، بحيث لا يقل ما تقبضه الزوجة وصغارها عن القدر الذي يفي بحاجاتهم الضرورية» .

وفيما يلي تفصيل الأحكام التي انطوت عليها هاتان المادتان، مع مناقشتها .

حكم النفقة على الزوجة وسبب وجوبها :

النفقة واجبة للزوجة بدلالة هذه النصوص وإجماع الفقهاء، وسبب وجوب النفقة على الزوج هو قيام العقد الصحيح ، ولذا تجب عليه النفقة منذ إنشائه «ولو فقيراً أو مريضاً أو غنياً أو صغيراً لا يقدر على مباشرة الزوجة غنية كانت أو فقيرة مسلمة أو غير مسلمة ، كبيرة أو صغيرة ، تطيق الوقاع وتشتهي له»[1].

---

(١) مادة ١٦٠ من الأحكام الشرعية .

ولا يشترط الظاهرية لوجوب النفقة سوى قيام الزوجية، يقول ابن حزم: «وعلى الزوج كسوة الزوجة منذ يعقد النكاح، وما تتوطاه وتتغطاه وتفرشه، وإسكانها كذلك أيضاً، صغيرة كانت أو كبيرة، ذات أب أو يتيمة، غنية أو فقيرة، دعا إلى البناء أو لم يدع، نشزت أو لم تنشز، تبوأت معه بيتاً أو لم تتبوأ»[1]، أي انتقلت إلى بيته وعاشت معه فيه أو لم تفعل.

وإنما وجبت النفقة على الزوج لحق احتباسه للزوجة، لا في مقابل هذا الاحتباس أو عوضاً له، وليست النفقة سداً لحاجة الزوجة إن كانت محتاجة وإلا لما وجبت للزوجة الغنية على زوجها الفقير.

شروط وجوب النفقة للزوجة:

سبب وجوب النفقة كما تقدم هو قيام الزوجية حقيقة أو حكماً، فتجب للمعتدة كذلك غير أنها لا تجب الا إذا توافرت الشروط التالية:

١ـ أن يكون الزواج صحيحاً، لأن الاحتباس لا يجب على الزوجة بالعقد الفاسد، بل الواجب التفريق بينهما، ويترتب على هذا أنه لو دفع النفقة لها بقضاء قاض ثم ظهر فساد العقد أو بطلانه فإنه يرجع عليها لظهور أنه دفع ما دفعه بغير حق ودون رضاه، بخلاف ما لو كان قد دفع ما ظنه واجباً عليه برضاه لأنه يعد متبرعاً فلا يرجع في تبرعه.

ومن هذا يتضح أن الزواج الباطل أو الفاسد لا يترتب عليه وجوب النفقة، لأن الواجب فيه هو المتاركة ولا يقران عليه.

---

(١) المحلي ٩١/١٠.

وتفريعاً عليه، فإنه إذا تزوج امرأة ثم ظهر أنها أخته من الرضاعة، وكانت قد حكم لها بالنفقة فترة معينة، وأعطاها ما حكم لها به من النفقة فإنه يرجع عليها بما أعطاها.

٢ـ تسليم الزوجة نفسها إلى زوجها ولو حكماً بكونها في طاعته على الوجه المشروع، وإلا فإنها تكون ناشزة لا حق لها في النفقة، وتعتبر في طاعة زوجها في الأحوال التالية:

أ ـ إذا كانت مقيمة في بيت أبيها ولم يطلبها الزوج ولم تمتنع من الانتقال إلى بيت زوجها بغير حق، وتعتبر ممتنعة بحق إذا كان امتناعها من الانتقال إلى بيت الزوج راجعاً إلى مماطلته في الوفاء بحقها في المهر كما تقدم.

ب ـ إذا مرضت في بيت أبيها ولم يمكنها الانتقال إلى منزل زوجها بأي طريق يؤمن معه على صحتها، وتجب لها النفقة على زوجها مع ذلك، أما إذا كان انتقالها إلى منزل زوجها ممكنا ورفضته فإنها تعد ناشزاً ولا تجب لها النفقة.

جـ ـ إذا حبس الزوج في جريمة ارتكبها أو في دين زوجته أو كان حبسه ظلماً فإن النفقة تستمر في وجوبها للزوجة، لأن عدم احتباس زوجها لها راجع لسبب من جهته هو لا من جهتها هي.

٣- والشرط الثالث والأخير لوجوب النفقة للزوجة هو أن تكون صالحة للعشرة الزوجية ولتحقيق الأغراض المقصودة من الزواج، ولو بمجرد الاستئناس بها.

وقد جاد في أحد الأحكام القضائية الحديثة أن الشرط في الاحتباس الموجب للنفقة أن يكون وسيلة إلي مقصود مستحق في عقد النكاح، وهو العشرة الزوجية بناء على أن الحكم بوجوب النفقة يدور مع العلة، وهي الاحتباس المحقق للمقصود منه [1].

ولا ينافي وجوب النفقة ألا يتحقق المقصود من الاحتباس في عقد الزواج بسبب من جهة الزوج، كعجزه عن المعاشرة لمرضه أو عجزه أو صغره، وذلك لأن التسليم والاحتباس قد تحققا من جهتها هي ، وإنما جاء العجز من جهته هو [2].

ولا يشترط لوجوب النفقة للزوجة فقرها أو اتفاقها في الدين مع زوجها. ذلك أن للزوجة الموسرة الحق في النفقة حتى ولو كان زوجها فقيراً، لأن النفقة وجبت لها بالعقد الصحيح لا بفقرها وحاجتها للنفقة. ولو كانت الزوجة كتابية، يهودية أو نصرانية، وزوجها مسلم فإن نفقتها واجبة عليه، ولا يؤثر اختلافها في الدين معه على استحقاقها للنفقة.

من لا نفقة لها من الزوجات :

إذا تخلف أحد الشروط السابقة لم تجب النفقة على النحو الذي يجري بيانه فيما يلي :

١ـ نفقة الصغيرة : لا نفقة للزوجة الصغيرة الغير المشتهاة لكونها غير صالحة لتحقيق الأغراض المقصودة من الزواج، وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء

---

(١) حكم مستأنف لمحكمة المنصورة في ١٩٤٥/٨/١٨.
(٢) حكم محكمة المحلة الكبرى في ١٩٤٧/٢/٢.

خلافاً للثوري الذي أوجب لها النفقة أيضاً قياساً للصغر على المرض في كونه عذراً يمنع المعاشرة بغير فعل منها فلا يمنع وجوب نفقتها [1] .

ويستدل جمهور الفقهاء على ما ذهبوا إليه طبقاً لما ذكره ابن قدامة بأن «النفقة تجب بالتمكن من الاستمتاع ، ولا يتصور ذلك مع تعذر الاستمتاع فلم تجب نفقتها كما لو منعها أولياؤها من تسليم نفسها. ويفارق المريضة ، فإن الاستمتاع بها ممكن وإنما نقص بالمرض» [2].

ولا يخفى أن الصغيرة لن تجب لها النفقة فيما يأخذ به القضاء المصري من جهة المنع من سماع الدعوى بها، بناء على ما سبق التعرض له في الشروط القانونية ، وما جاء في المادة ٩٩ من أنه لا تسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة هجرية. ومقتضى هذا الذي جاء في هذه المادة أن الزوجة الصغيرة لن تستطيع رفع دعوى النفقة على الزوج إن لم يرض بالإنفاق عليها .

ومع ذلك فقد جاء في حكم محكمة المنصورة بتاريخ ١٨/ ٨/ ١٩٤٥ المشار إليه فيما سبق التعبير عما يفيد الأخذ برأي جمهور الفقهاء في أنه لا نفقة للزوجة الصغيرة التي لا يستمتع بها بأن كان سنها أقل من سبع سنوات أو أكثر من ذلك ، وهي ضعيفة البنية بناء على أن منع الاستمتاع بها جاء لمعنى منها وهو الصغر فيفوت الغرض المقصود من الاحتباس .

٢ـ نفقة المريضة : إذا مرضت الزوجة بعد العقد الصحيح ولم تكن قد

(١) المغني لابن قدامة ٧/٦٠١.
(٢) السابق .

امتنعت من الانتقال لمنزل زوجها بغير حق فإن النفقة تستمر في وجوبها على زوجها.

وكذا لو كان دخل بها ثم ذهبت إلى بيت والدها ومرضت به مرضاً لا تقدر معه على الانتقال إلى بيت زوجها.

وكذا لو مرضت في بيت زوجها واستطال مرضها عنده.

ويرجح السرخسي إيجاب النفقة مع المرض سواء حدث قبل انتقالها إلى منزل الزوج أو بعد انتقالها إليه.

يقول: «وسواء انتقلت أو لم تنتقل إذا لم تكن مانعة نفسها ظالمة فهي مستوجبة للنفقة على ما قلنا»[١].

وفي المذهب الحنفي رأي آخر يُنْسَب إلى أبي يوسف هو أنها إذا مرضت قبل الانتقال إلى منزل زوجها فلا نفقة لها، ولا نفقة لها كذلك إذا انتقلت إلى منزل زوجها وهي في حالة المرض، لأنها لاتكون قد سلمت نفسها بذلك التسليم المحقق لمقصود العقد، وهو المعاشرة، غير أن هذا الرأي هو المرجوح في المذهب الحنفي فيما تفيده عبارة السرخسي السابقة وفيما يستفاد كذلك مما جاء في بدائع الصنائع[٢].

ومع ذلك فقد جاء في الأحكام الشرعية ما يفيد التفريق في وجوب النفقة للزوجة المريضة بين حدوث المرض قبل انتقالها لمنزل الزوج وبين حدوثه بعد هذا الانتقال، وقصر وجوب النفقة للمريضة على حدوث

---

(١) المبسوط، ١٩٢/٥.

(٢) بدائع الصنائع ٣٠/٤.

مرضها بعد انتقالها لمنزل زوجها.

وفي المادة ١٦٧ من الأحكام الشرعية النص على أن «المريضة التي لم تزف إلى زوجها ولم يمكنها الانتقال أصلاً لا نفقة لها». وفي هذه المادة ترجيح رأي أبي يوسف خلافاً لما تفيده عبارة الكاساني والسرخسي اللذين قضيا برجحان إيجاب النفقة للمريضة ولو لم تنتقل إلى منزل زوجها ما لم تكن ظالمة في رفض مثل هذا الانتقال.

وينبغي أن يلاحظ مع ذلك أن المادة الثانية من قانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ قد تضمنت النص على أنه «لايمنع مرض الزوجة استحقاقها للنفقة» وبذا انتهي الأمر إلي ترجيح استحقاق المريضة للنفقة.

وعلى الرغم من أن هذا النص لا يفرق بين حدوث المرض بعد انتقال الزوجة لمنزل الزوج أو قبل هذا الانتقال، فإن المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ قد أوضحت المقصود من هذا النص، وأكدت على أن الزوجة المريضة قبل انتقالها لمنزل الزوجية لا نفقة لها في حالة عجزها عن هذا الانتقال. أما إذا حدث المرض بعد الدخول والانتقال لمنزل الزوجحية فإنها تستحق النفقة. وكذا لو مرضت وانتقلت لمنزل الزوجية وهي مريضة.

ويسري على الزوجة المجنونة حكم الزوجة المريضة، وذلك بالتفريق بين من جنت قبل الزفاف ومن جنت بعده، فالمجنونة قبل الزفاف لا نفقة لها، أما المجنونة بعد الزفاف فإن النفقة تجب لها إلا إذا كانت تضرب وتؤذي زوجها فإنها تعتبر في حكم الناشزة. وهذا هو ما رجحه علماء المذهب الحنفي.

وقد قضت محكمة الجمالية الجزئية الشرعية في ١٥/ ٤/ ١٩٣٩ بأن المجنونة تستحق النفقة إذا لم تمنع نفسها بغير حق، ومعنى ذلك أنها تستحق النفقةح إذا كانت بحالة لا يخشى على زوجها منها بأن كانت بحالة هادئة وغير ضارة.

أما إذا كانت بحالة من الثوران والهيجان الذي يكون فطنة لوقوع الأذى بزوجها فإنها لا تستحق عليه النفقة، وتصير في حكم الناشز.

٣ـ الزوجة المسافرة للحج : لا نفقة لها في المذهب الحنفي إن حجت قبل انتقالها لمنزل الزوج مع محرم سواه وإن حجت بعد انتقالها إلي منزل الزوج مع محرم غيره فلا نفقة لها في رأي محمد لفوات الاحتباس بسبب من جهتها فلا تجب لها النفقة كالناشزة. وفي رأي أبي يوسف أن لها النفقة لأن التسليم المطلق حصل بالانتقال لمنزل الزوج، ولا يلزمه على رأي أبي يوسف سوى نفقة الإقامة لا نفقة السفر . أما ما تحتاج إليه في السفر فعليها لا عليه ، لأن ثواب الحج يعود إليها وحدها فتلزمها مؤنته.. ولكن لو سافر معها زوجها فإن كان هو الذي أخذها معه فلها نفقة السفر، وإن كانت هي التي أخذته معها فلا تلزمه سوى نفقة الإقامة، جاء في المادة ١٦٨ من الأحكام الشرعية :. «الزوجة التي تسافر إلى الحج ولو لأداء فريضة بدون أن يكون معها زوجها لا نفقة لها عليه مدة غيابها، وإن سافرت مع محرم لها، فإن سافر زوجها وأخذها معه فلها عليه نفقة الحضر ونفقة السفر ولوازمه وإن سافرت هي وأخذت ز وجها معها فلها عليه نفقة الحضر لا نفقة السفر». ولا يخفى أن السفر لم يعد يثير مثل هذا الخلاف في وقتنا بعد أن قصرت المدة اللازمة لأداء هذه الفريضة إلى أيام معدودة .

٤ـ الزوجة العاملة : إذا كانت الزوجة عاملة خارج البيت بما يشغلها نهاراً فالراجح في المذهب الحنفي أنه لا نفقة لها إذا كانت تعمل بغير إذن الزوج ورضاه، ولا تسقط نفقتها إذا كانت تعمل برضاه وإذنه، وهذا هو ما تفيده المادة (١٦٩) من الأحكام الشرعية، ولفظها: «الزوجة المحترفة التي تكون خارج البيت نهاراً وعند الزوج ليلاً إذا منعها من الخروج وعصته وخرجت فلا نفقة لها ما دامت خارجة» ، والرأي المرجوح في المذهب أنه إن كان خروجها للقيام بفرض من فروض الكفايات كالتوليد وتطبيب النساء والتدريس للبنات فإنها لا تعد ناشزة بخروجها لمثل هذا العمل بدون إذن الزوج، ولا تسقط نفقتها.

جاء في فتح القدير أنها إن كانت قابلة أو غاسلة (للموتى) أو لها حق على آخر أو لآخر عليها حق تخرج بالإذن وبغير الإذن ، وعللوا هذا بأن خروج القابلة والمغسلة إنما هو لفرض الكفاية، والخروج للفروض الكفائية خروج بحق شرعي. وقد خالف في ذلك صاحب البحر وقال إنها لا تخرج إلا بإذنه، وتسقط نفقتها إذا خرجت محترفة بغير إذن.[1].

وقد اتجه القضاء المصري إلى ترجيح هذا الرأي الأخير استجابة للتطور الاجتماعي والنظرة السائدة إلى عمل المرأة، يتضح ذلك من اتجاه الأحكام القضائية إلى تفسير الرأي الفقهي المسقط لنفقة الزوجة المحترفة بغير إذن الزوج بأن هذا الرأي مبني على أن سقوط النفقة جاء من قبل نشورزها وخروجها عن طاعة زوجها لا من قبل مجرد احترافها. ولذا لا تسقط النفقة لو عملت للغير داخل منزلها أو إذا لم تكن قد انتقلت بعد

---

(١) فتح القدير للكمال بن الهمام ٢/٣٣٥.

إلى منزل الزوج[1].

ويرجح حكم قضائي آخر القول المرجوح في المذهب الحنفي، ويرى فيه أنه هو أحرى الآراء بالقبول، لأنه الذي يتفق وتطورات الزمن وطبيعة العصر الذي نعيش فيه. ومع التعليل لهذا الترجيح بأن الرأي الآخر لم يسلم من النقد والتجريح، لأننا لو تبعنا هذا الرأي «جعلنا الزوجة بين أمرين، فهي إما أن تدع وظيفتها، وفي ذلك ما به من نقص للأيدي العاملة، بل ربما كان في ذلك ضرر على الزوج نفسه بما عساه يقطع عنه مورداً يرفه عنه وينفس من بعض ضيقه وكربته وخصوصاً في هذه الآونة التي استحكمت فيها حلقات الضيق الاقتصادي»[2]، وإما أن نلجئها إلي ترك حقها في النفقة الواجبة علي الزوج، مما يؤدي إلي الإضرار بهما.

ويتفق مع هذا الاتجاه حكم محكمة أسيوط في ١٨/ ١/ ١٩٤٧ بأن النفقة لا تسقط عن الزوج الذي تعهد بألا حق له في مطالبته زوجته بترك عملها، ولا يعول على إنذاره بترك عملها بناء على أن هذا الإنذار «محض كيد ولأنه نقض ما تم من جهته. ويصل حكم آخر إلى أن سكوت الزوج عن عمل الزوجة فترة طويلة دليل على رضاه باحترافها وتسليمه بعدم قيام تعارض بين حقوقه قبلها وبين هذا الاحتراف، وهو ما يؤكده العمر السائد الذي ينظر إلى عمل المرأة في المجالات الضرورية نظرة تقدير بناء على عدم التعارض بين واجباتها الزوجية وواجبات عملها. ويؤكد هذا الحكم على أن دفع الزوج لوجوب النفقة عليه لزوجته العاملة في مهنة التدريس بعد

(١) حكم محكمة الأزبكية في ١٨/١٢/١٩٢٨.
(٢) حكم محكمة أسيوط في ١٨/١/١٩٤٧.

سكوته فترة طويلة بأنها تعمل على خلاف إذنه دفع غير مقبول[1].

وتكاد تضع هذه الأحكام سبباً جديداً لوجوب نفقة الزوجة ، هو «قيامها بحقوق زوجها» وعدم التعارض بين عملها وبين أدائها لالتزاماتها الزوجية ، وذلك في مقابل السبب الذي استقر عليه الفقه الإسلامي في إيجاب النفقة، وهو الاحتباس .

وهذا الذي اتجهت إليه الأحكام القضائية قد وجد التعبير عنه في قانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ حيث جاء في الفقرة الخامسة من المادة الثانية من القانون المرقوم أنه لا يعتبر سبباً لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية . . للعمل المشروع ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق مشوب بإساءة استعمال الحق أو مناف لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه. ويعني هذا أن احتراف الزوجة لعمل خارج المنزل لا يسقط حقها في النفقة المطلوبة على زوجها بناء على القاعدة القاضية بأن يسار الزوجة لا يمنع حقها في النفقة ما دامت تقوم بواجباتها. ويشترط لعدم سقوط نفقتها الشروط التالية :

١- كون العمل مشروعاً.

٢- إذن زوجها لها بالعمل أو عدم اعتراضه حين تزوجها عالماً بعملها طبقاً لما أضافته المذكرة التوضيحية لهذا القانون.

٣- عدم شوب استعمال حقها في العمل بشائبة التعسف، وعدم منافاة عملها لمصلحة الأسرة .

---

(١) حكم استئناف لمحكمة شبرا في ١٩٥٠/١٠/٥

٤- ألا يطلب منها زوجها الامتناع عن العمل وكان خروجها إليه مشوباً بالتعسف أو منافياً لمصلحة الأسرة •

ولا خلاف في أن رضا الزوج بعمل الزوجة صراحة أو دلالة لا يوجب سقوط نفقة الزوجة، حتى ولو كان ما تتقاضاه من عملها يفوق حد كفايتها، نظراً إلى أن الاحتباس حقه والنفقة حقها ، فإذا أسقط حقه في الاحتباس لم يؤثر ذلك في حقها• ولا يحق له دفع وجوب نفقتها بناء على اشتغالها بعمل يدر عليها دخلاً ، سواء بتأسيس ذلك على يسارها أو على خروجها ونقص حقه في احتباسها لأنه رضي بذلك، ولم يمنعها من العمل، ولا يحق له لهذا ألا يمنعها عن العمل ثم يتعلل بهذا لإسقاط نفقتها الواجبة لها • والذي يعاب على هذا القانون أنه يوجب على الزوج نفقة زوجته العاملة إذا طلب منها الامتناع عن العمل ورفضت ذلك، وإنما يرد النقد عليه في هذا من وجهين :

أولهما ... ما قرره الفقهاء من أن إيجاب النفقة على الزوج للزوجة في مقابل حبسها واقتصارها على منفعته ومنفعة أولاده ، وتعذر تكسبها لذلك، والقاعدة التي تحكم وجوب النفقة للزوجة هي القاعدة العامة القاضية بأن كل من حبس لمنفعة غيره فنفقته واجبة على هذا الغير، ولذا تجب للقاضي والوالي والعاملين في الدولة النفقة على الأمة في بيت مالها ، لأنهم محبوسون على منفعة هذه الأمة، وممنوعون من صرف أوقاتهم في التكسب لأنفسهم• ومقتضاه أنه إذا جاز للزوجة أن تتصرف في وقتها على النحو الذي تشاء فإنه لن يكون هناك أساس لإيجاب نفقتها على الزوج•

والثاني ... توهين حق القوامة للرجل وإضعاف الأسرة إذا قلنا بجوار

أن تعمل المرأة دون إذن زوجها مع احتفاظها بحقها القانوني في إيجاب نفقتها على زوجها، وليس من العدالة أن يجب للزوجة كفايتها في النفقة على زوجها لقاء وقت تنفقه في غير رضاه على غير ما يعود عليه بالنفع، فإن لها من الوجهة القانونية أن تستأثر بما تحصل عليه من عملها •

لقد انساق المقنن وراء ما اعتبره مصلحة للمرأة العاملة مضحياً بالتوازن بين الالتزامات المتبادلة للزوجين، وهذا التوازن هو جوهر العدالة التي يقوم عليها التعاقد في الفقه الإسلامي، واللافت للنظر أن يحاول البعض إلباس هذا الحكم ثوب التقليد بنقل بعض النصوص الفقهية في موضوع خروج المرأة من منزل زوجها بدون إذنه وكونها غير ناشز بهذا الخروج، إذا كان لضرورة كانهدام بيت زوجها أو للتكسب إذا أعسر زوجها بالنفقة أو لحضور مجلس القاضي• ويقفز هذا البعض من هذه النصوص التي يسوقها إلى القول بأن سند القانون فيما أخذ به من عدم سقوط النفقة للزوجة العاملة بدون إذن زوجها هو «فقه مذاهب الأئمة أبي حنفية ومالك والشافعي»[1]•

ويؤكد هذا البعض هذه النتيجة بملاحظة أن القانون خالف مذهب أحمد بن حنبل وحده ولا يعاب عليه لذلك مخالفته لنص شرعي، بحكم أن المخالفة مع نص فقهي لمذهب واحد دون سائر المذاهب الأخرى• وأخطر ما في هذا القانون هو الاكتفاء لإثبات السند الفقهي بنقل عدة نصوص فقهية بعيدة عن الموضوع، مما يدل على عدم الجدية وقوة العوامل الداعية إلى

---

(١) راجع هذا الرأي في « دراسات في الأحوال الشخصية للدكتور محمد بلتاجي ص ٢٢٨ وما بعدها•

الانسياق وراء ما يظن أنه من المصالح، أو لتبرير ما تطالب به بعض القوى الاجتماعية .

وعلى سبيل المقارنة فإن التشريع السوري للأحوال الشخصية يختلف عن القانون المصري، حيث جاءت في المادة (٧٣) من هذا التشريع أن «الزوجة التي تعمل خارج البيت نهاراً وعند الزوج ليلاً إذا منعها عن الخروج وخرجت فلا نفقة لها » ويتفق التشريع التونسي مع نظيره السوري في إسقاط وجوب نفقة الزوجة إذا أخلت بأي من واجباتها الزوجية التي تشمل عدم الخروج من منزل الزوجية دون علم وموافقة زوجها .

خروج الزوجة دون إذن زوجها :

لا يعد خروج المرأة للعمل سبباً لسقوط حقها في النفقة فيما أخذ به القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ كما تقدم. وقد أوضحنا أن القانون يقيم بما اختاره «مجرد قيام الزوجة بحقوق الزوج» سبباً كافياً لوجوب النفقة، بدلاً من فكرة «الاحتباس» التي أقام عليها الفقهاء نظريتهم في جوب النفقة.

وقد توسع القانون المذكور في طرد هذه القاعدة الجديدة، فحكم بوجوب النفقة في الأحوال التي تخرج فيها الزوجة دون إذن روجها بشرطين:

١- ألا يكون خروجها مشوباً بإساءة استعمال الحق.

٢- أن يكون خروجها مباحاً بحكم الشرع، أو غير مخالف لما جرى به العرف أو تدعوها ضرورة من الضرورات للخروج.

وإذا كانت النصوص الشرعية لم تحدد الأحوال التي يجوز فيها

للزوجة الخروج من منزل الزوجية دون إذن زوجها، فإن الراجح في الفقه الحنفي هو المرجع في تحديد هذه الأحوال، طبقاً لما تفيده المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية القاضية بوجوب الرجوع إلى هذا المذهب عند عدم وجود نص قانوني. والأحوال التي أجاز فيها الأحناب للزوجة الخروج من منزل الزوجية دون إذن زوجها هي الخروج مرة في الأسبوع لزيارة والديها أو جدها وجدتها عند عدم وجود الوالدين، ولا تبيت مع ذلك خارج منزل الزوجية إلا بإذن الزوج، وتخرج كذلك مرة كل سنة لزيارة محارمها كالخال والعم، ولها أن تخرج كذلك لتعهد والدها المريض والقيام على شئونه إذا كان محتاجاً لذلك، وتقدر هذه الزيارة بقدر حاجته لها. ومن حقها أن تخرج كذلك للتعرف على حكم الشرع فيما قد يعرض لها من أمور إذا كان الزوج غير قادر على النيابة عنها في ذلك. ويجوز لها الخروج دون إذن الزوج في الذهاب إلى القاضي للمطالبة بحق من حقوقها، أو لاستدعاء القاضي لها.

ويتقيد حقها في الخروج في حدود ما تجيزه الأعراف الملية العامة بعدم التعارض مع أحكام الشرع. من ذلك الخروج لشراء بعض حاجاتها، أو لتفصيل ملابسها وخياطتها في المحال المتخصصة لذلك، أو في القراءة في المكتبات العامة ما لم تكن متعسفة في ذلك.

ومن الضرورات التي تبيح لها الخروج دون إذن زوجها الذهاب للمستشفى للعلاج، أو البعد عن خطر يتهددها، أو الخروج للعمل إذا كان زوجها معسراً، ولا يستطيع الانفاق عليها، لأنها تكون مضطرة في هذه الحالة.

وقد هدف واضعو هذا القانون من الحكم بعدم سقوط النفقة لخروج الزوجة في هذه الأحوال دون إذن الزوج إلى حماية حق الزوجة في الخروج لمباشرة واجباتها تجاه والديها ومحارمها، وتلبية احتياجاتها المختلفة، مع تقييد حقها في الخروج في هذه الأحوال بعدم إساءة استعماله.

وليس في الحكم بعدم إسقاط النفقة بخروج الزوجة في هذه الأحوال مع هذا التقييد أي مخالفة شرعية، كما أن الحكم بذلك لا يتناقض مع حق الزوجة في احتباس الزوجة، لأن حقه فيه ليس حقاً مطلقاً، وإنما هو في إطار قيام الزوجة بحقوق هذا الزوج، وبما لا يعارضه . وإذا كان الأولى للزوجة أن تستأذن زوجها في كثير من هذه الأحوال، فإن خروجها بغير إذن لا يعد سبباً كافياً لاسقاط حق الزوجة في النفقة، خاصة وأن أكثر النساء يعتمدن في معيشتهن على النفقة الزوجية، والحكم بإسقاط النفقة لا يتناسب مع مجرد الخروج دون إذن في هذه الظروف.

٥- الزوجة الناشزة:

الناشزة في اللغة هي العاصية زوجها المبغضة له. يقال نشزت المرأة على زوجها أي كرهته. والنشوز في النكاح كما جاء في البدائع «أن تمنع نفسها من الزوج بغير حق، خارجة من منزله، بأن خرجت بغير إذنه وغابت أو سافرت . فأما إذا كانت في منزله ومنعت نفسها في رواية فلها النفقة لأنها محبوسة لحقه ظاهراً وغالباً. فكان معنى التسليم حاصلاً، والنشوز في العدة أن تخرج من بيت العدة مراغمة لزوجها أو تخر لمعنى من قبلها»، والذي يستخلص من هذا أن الناشزة هي التي تخرج من منزل زوجها سواء بالامتناع من الانتقال إليه ابتداء بغير حق أو بالخروج منه بعد هذا الانتقال،

شريطة ألا يكون لها حق في هذا الخروج.

ولا تعد ناشرة إذا خرجت من منزل زوجها لاستيفاء معجل المهر طبقاً لما سبق بيان الخلاف فيه، وكذا لو منعته من الدخول إليها في منزلها الذي تملكه أو تؤجره هي إذا سألته أن يحولها إلى منزل يستأجره هو أو يملكه، وإن لم تكن سألته تحويلها إلى مثل ذلك قبل منعه من الدخول إليها فإنها تعد ناشزاً أيضاً. ولا تعد ناشزة إذا لم يطلبها للانتقال إلى منزله، حتى وإن صدر عليها حكم قضائي بالطاعة، فإنه لا يجب عليها الانتقال إلا إذا طلبها لذلك.

وقد جاء في أحد الأحكام الحديثة أن القول بأن «المرأة متى صدر عليها الحكم بالطاعة وجب عليها أن تذهب وحدها لبيت زوجها وإن لم يطلبها قول يأباه العرف وينفر منه الطبع ولا يرضى به فقيه أو قاض في خاصة نفسه وهو عرف عام، والعرف في الشرع له اعتبار، ومن قال بغير هذا فإنه يعيش في غير أيامنا وبين قوم غير قومنا» [(١)].

وليس من النشوز المسقط للنفقة أن تخرج الزوجة من منزل الزوجية أو الطاعة بعد ضرب الزوج لها ضرباً مبرحاً غير مألوف في طبقة مثلهما، ومستوجباً العقوبة بالغرامة والتعويض، لأن خروجها في هذه الحالة يحق شرعاً.

وقد جاء ذلك في حكم محكمة الأقصر في ١/ ٩/ ١٩٢٩ ، حيث كانت المدعية عادت إلى منزل الطاعة، وحصلت حادثة الضرب فيه، وعوقب المدعي عليه من أجل ذلك مع استعمال الرأفة بالغرامة، وتأيد

(١) حكم مستأنف لمحكمة مصر الكلية في ١٩٢٥/٥/٢٧

الحكم استئنافياً. وعلى ضوء ذلك تبين للمحكمة أن الزوج غير أمين على الزوجة في منزل الطاعة، إذ إنها لو استمرت في عشرته فربما أدى ذلك إلى ما لا تحمد عقباه، ولا يكون خروجها من منزل الطاعة نشوزاً، لأنها مضطرة إليه لتحافظ على نفسها. وقد بينت المحكمة في حكمها كذلك أن الضرب المشروع هو ضرب التأديب الذي يتقيد به في القصد والأسلوب والسبب. ولذا فإن للقاضي أن يعزر الزوج إذا ضرب زوجته بغير حق حتى ولو كان الضرب غير فاحش، ومن التعزير ألا يمكنه من تنفيذ حكم الطاعة عليها زماناً ما[1].

في مذهب الحنابلة أن الامتناع عن الإنفاق على الزوجة من الأسباب التي تبيح لها الخروج من منزل الزوج، سواد كان امتناعه عن الإنفاق لإعساره أو لعدم وجود مال ظاهر لديه حتى تستطيع تنفيذ حكم النفقة عليه، وتعد معذورة في خروجها من بيت الزوجية ولا تكون ناشزاً. وهو قياس ما نصت عليه المذاهب الأخرى من أن امتناعها عن الزوج للمطالبة باستيفاء معجل الصداق ليس من النشوز.

ويترتب على الحكم بالنشوز الأحكام التالية :

أ ـ سقوط حق الزوجة في النفقة مدة نشوزها ولا تجب لها النفقة عن هذه المدة حتى ولو عادت إلى منزل زوجها ود خلت في طاعته ، لأن الساقط كالمعدوم لا يعود.

ب ـ سقوط متجمد النفقة المفروضة بحكم القاضي عن المدة السابقة على

---

(١) حكم مستأنف لمحكم تلا في ١٢/٤/١٩٣٠.

النشوز، بحكم أن النفقة ليست عوضاً وإنما هي صلة وتبرع ينافيها معني النشوز فتسقط به •

جـ - سقوط النفقة المستدانة بغير أمر الزوج أو أمر الحاكم لتكون في معنى التبرع الذي ينافيه النشوز•

٦ - المرأة المحبوسة :

لا نفقة للزوجة المحبوسة على زوجها لفوات معنى الاحتباس الذي تجب به النفقة عليه• وقد جاء هذا المعنى في حكم مستأنف لمحكمة المنصورة في ١٨/ ٨/ ١٩٤٥، حيث ورد في هذا الحكم أنه إذا حبست المرأة ولو في دين لاتقدر على إيفائه فلا يلزم زوجها بنفقتها مدة حبسها، لأن فوات الاحتباس ليس من جهته، وإذا حبست في دين له وجبت نفقتها عليه، لأن فوات الاحتباس من جهته، وفي المادة ١٧٠ من الأحكام الشرعية النص على أنه «إذا حبست المرأة ولو في دين لا تقدر على إيفائه فلا يلزم زوجها نفقتها مدة حبسها إلا اذا كان هو الذي حبسها في دين له»•

ويتفق هذا الحكم مع الرأي الراجح في المذهب الحنفي. ولذا فإ نالزوجة لو اعتقلت أو حبست في حق لغير الزوج، مظلومة أو ظالمة، لم تجب لها النفقة، لفوات معنى الاحتباس بسبب لا دخل فيه للزوج.

٧- المدخول بها في نكاح غير صحيح :

لا نفقة للمرأة المدخول بها في نكاح فاسد أو باطل، لأن شرط وجوب نفقة الزوجية هو قيام العقد الصحيح كما تقدم ، وقد نص الفقهاء على أن الزواج الفاسد أو الباطل لا يكون سبباً في وجوب النفقة • ففي

حاشية ابن عابدين أنه لا نفقة على مسلم في نكاح فاسد لانعدام سبب الوجوب، وهو حق الحبس الثابت للزوج عليها بالنكاح، وفي فتح القدير عد عشراً من النساء لا نفقة لهن من بينهن المنكوحة نكاحاً فاسداً، ولا تجب لها النفقة في حالة المعاشرة ولا بعد المفارقة في العدة ٠ وفي البحر الرائق أن المعتدة من طلاق بائن إذا تزوجت في العدة وجب الدخول وفرق بينهما ووجبت العدة عليها فلا نفقة على الزوج الثاني لفساد نكاحه، وهي على الأول إذا لم تخرج من بيت العدة فإن خرجت فلا (١)٠

وكذا لو أنفق على زوجته بقضاء القاضي ثم تبين فساد النكاح لإثبات الرضاع المحرم بينهما بالشاهدة وفرق بينهما فإن له الرجوع بما أنفق بقضاء القاضي، لأنه تبين أنها أخذت ما أخذته بغير حق٠ أما ما أنفقه برضاه فلا يرجع فيه ، لأنه متبرع بذلك (٢)٠

ولا تخرج أحكام القضاء عن ذلك، وقد جاء في المادة (١٧٢) من الأحكام الشرعية النص على أن «المنكوحة نكاحاً فاسداً والموطوءة بشبهة لا نفقة لهما ، إلا المنكوحة بلا شهود، فإذا فرض الحاكم لإحداهما نفقة قبل ظهور فساد النكاح وفرق بينهما فللزوج الرجوع عليها بما أخذت منه بأمر الحاكم لا بما أخذته بلا أمره»٠

٨ـ الزوجة المرتدة:

«لا تجب النفقة للزوجة إذا ارتدت» طبقاً لما نصت عليه المادة الأولى من قانون ١٩٢٠م المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

---

(١) البحر الرائق، ١٩٩/٤٠

(٢) حاشية ابن عابدين ٣٧٥/٣٢٠

والزوجة المرتدة هي التي خرجت عن دين الإسلام إلى أي دين آخر سماوي أو غير سماوي. وإنما لا يجب النفقة لمثل هذه الزوجة لأن الزواج قد انفسخ بدرتها.

أنواع النفقة:

تنقسم النفقة إلى نوعين :

أولهما : النفقة الغير المقدورة، وهي الأصل• وما جرت عليه عادة الناس من قديم الزمان أن تقيم الزوجة مع زوجها في مسكن الزوجية، ويوفر لها ما تحتاجه من مطعم وملبس ، ولا يتدخل القضاء لفرض نفقة معينة طالما قام الزوج بواجبه في الإنفاق على زوجته بهذه الطريقة •

وقد جاء تأكيد هذا المعنى في حكم محكمة المحلة الكبرى بتاريخ ٢٩/ ١٠/ ١٩٣١ ، حيث ورد في هذا الحكم النص على أنه : «إذا وجبت على شخص نفقة غيره يكون لهذا الشخص حق الإنفاق عليه بنفسه تموينا لأنه أوفق وأعدل، ولا يتدخل القضاء إلا عند المطل»•

والثاني : النفقة المفروضة المقدرة بقدر معين ، سواء كان هذا التقدير بتراضي الطرفين أو بقضاء القاضي• ويجب التفريق بين وجوب النفقة للزوجة وبين فرض هذه النفقة، فالأول سببه العقد الصحيح ، ولذا تجب النفقة من حين إنشائه بالشروط السابقة • أما فرض النفقة فسببه ظهور مطل الزوج زوجته وامتناعه من الإنفاق عليها . . وفي البحر الرائق أن الزوج هو الذي يلي الإنفاق على زوجته تموينا بتوفير ما تحتاجه من طعام وملبس، إلا إذا ظهر عند القاضي مطله فحينئذ يفرض النفقة ويأمره ليعطيها ما تنفق منه على نفسها• ويدل ذلك على أن سبب فرض النفقة على الزوج هو ظهور

مطله وامتناعه، فإذا ثبت للقاضي قيام الزوج بالإنفاق على زوجته فلا يفرض عليه ذلك ، ولا يأمر كفيله بأداء النفقة إليها، وقد نص الفقهاء على أنه لا يكتفي بالشكاية ومطالبة الزوجة بفرض النفقة لها، بل لا بد من ظهور المطل ، ويدفع عنه مطالبتها بالفرض لها أن يثبت بالبينة قيامه بالإنفاق عليها نفقة مثلها، ويثبت المطل بالقرائن .

من ذلك ما قضت به محكمة طنطا في ١٣/ ٧/ ١٩٣٠ في حكم مستأنف لها بأن عدم الزفاف دليل عدم الإنفاق، ومنه كذلك ما قضت به محكمة مصر الكلية في حكم مستأنف لها في ٢٨/ ٣/ ١٩٣٢ بأن ادعاء الزوجة حصول الطلاق من تاريخ سابق كاف للدلالة على عدم إنفاقه على الزوجة من ذلك التاريخ . وقد استندت المحكمة إلى أن المستأنف اعترف أمام المحكمة الجزئية بالتطليق على الإبراء منذ تسع سنين، وأن هذا يعد اعترافاً منه بعدم الإنفاق في هذه المدة . فتجب النفقة عنها للزوجة إذا لم يثبت إبراؤها له من دين نفقتها لأن هذا الدين دين ثابت بالزوجية .

ولا يمنع التقدير بالتراضي أو بقضاء القاضي الزوجة من حقها في المطالبة بزيادة النفقة، ويحكم القاضي بالزيادة إذا وجد سبباً لذلك ، لأن رضا الزوجة بأقل مما هو حق لها في النفقة إبراء للزوج عن باقي المستحق قبل فرضه لها، والإبراء قبل الفرض باطل يجوز الرجوع عنه[1].

ولو فرضت لها نفقة معينة ثم طلقها زوجها وانقضت عدتها وتزوجها بعد ذلك فإن التقدير السابق لا يستمر، لأن سبب الفرض وهو الزوجية السابقة قد زال بطلاقها وانقضاء عدتها، فإذا وجدت الزوجية مرة أخرى لم

---

(١) حكم محكمة الجمالية في ١٤/١٢/٩٣٢.

تصلح لاستئناف الفرض السابق، بل لا بد من فرض جديد .

أسس التقدير:

يراعي في تقدير النفقة للزوجة عدة أسس من بينها :

أولاً- مراعاة حال الزوج في اليسار والإعسار: مذهب الشافعي وبعض الأحناف أن النفقة تقدر بحسب حال الزوج لرجوعها عليه ، ولقوله تعالى : «لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها» . ولأنها رضيت به في الزواج وبوضعه المالي فلا يكلف بما فوق طاقته، وهو ما أخذت به المادة السادسة عشر من مرسوم ١٩٢٩ حيث جاء فيها النص على أنه «تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسراً أو عسراً على ألا تقل النفقة في حالة العسر عن القدر الذي يفي بحاجتها الضرورية ، وقد جاء في المادة ١٧٣ من الأحكام الشرعية ترجيح غير هذا الرأي والحكم بوجوب مراعاة حال الزوجين يساراً وإعساراً عند تقدير النفقة الواجبة .

ثانياً- زمن التقدير ، لا يتعين زمن مخصوص في تقدير النفقة، ويختلف ذلك باختلاف حال الزوج وما هو الأيسر له في اقتضاء النفقة منه، ولذا تقدر النفقة مياومة إن كان محترفاً يتكسب قوته بالعمل باليوم، وتقدر النفقة مشاهرة إن كان موظفاً له راتب شهري. كما تقدر النفقة بالسنة إن كان الزوج من الزراع الذين تأتيهم الأموال في مواسم الحصاد.

وقد جاء في المادة (١٧٥) من الأحكام الشرعية النص على أنه : «يعتبر في فرض النفقة وإعطائها للمرأة الأصلح والأيسر. فإن كان الزوج

محترفاً يكسب قوته كل يوم تقدر النفقة عليه يوماً بيوم ويعطيها نفقة كل يوم معجلاً عند مساء اليوم الذي قبله، وإن كان من الصناع الذين لا ينقضي عملهم إلا بمضي الأسبوع تقدر عليه كل أسبوع، وإن كان تاجراً أو من أرباب الماهيات تفرض عليه كل شهر، وإن كان مزارعاً تفرض عليه كل سنة، فإن ما طلها الزوج فلي دفع النفقة في مواعيدها المقررة فلها أن تطلب نفقة كل يوم»، والجاري في العمل بالمحاكم هو القضاء بالنفقة مشاهرة، لأنه الأيسر في القضاء والاقتضاء.

ثالثاً ـ الأصناف الداخلة في التقدير ، تنصرف النفقة عند الفقهاء إلى الطعام والكسوة والفراش والغطاء والمسكن ، وتستحق الزوجة نفقة الخادم أحيانا حسبما يأتي توضيحه. وقد أضاف قانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ نفقات العلاج أيضاً.

ولا يقل الواجب للزوجة عند تحديد نفقة الطعام عن القدر الذي يفي بحاجتها الضرورية من الغذاء الغالب في البلد لمن هم في مثل حال الزوج. وفي مثل حال الزوج، وفي المادة (١٧٤) من الأحكام الشرعية ضابط ذلك، ولفظها : « تفرض النفقة أصنافاً، وتقوم الأصناف بدراهم على حسب اختلاف أسعار المأكولات في البلدة غلاء ورخصاً رعاية للجانبين، فإذا غلا السعر تزداد النفقة المقدرة للمرأة وإذا رخص تنقص عن الزوج ولو بعد القضاء بها».

أما بالنسبة للكسوة فإنها واجبة على الزوج من حيث العقد الصحيح، ويفرض لها كسوتان في الأقل كسوة للشتاء وأخرى للصيف، إلا إذا اخترقتا بالاستعمال المألوف المعتاد. ولا يجب على الزوج غيرهما قبل

انتهاء المدة إذا ضاعتا عندها لأنها هي المسئولة عن حفظهما ٠

وقد جاء في المادة (١٨٢) النص على أنه : «تفرض الكسوة ثيابا وتقدر الثياب بدراهم ويقضي بقيمتها وتعطي لها معجلة » ٠

وقد جاء في الحكم المستأنف لمحكمة مصر الكلية في ١٩٤١/١/٥ الإشارة إلى حريان العرف القضائي على تخصيص سبع ما يقضي به للنفقة بجميع أنواعها لكسوة الزوجة وخمس ما يقضي به من مجموع نفقة الصغير لكسوته ٠

ويدخل في تقدير النفقة للزوجة كذلك فرض ما تنام عليه من فراش ولحاف وما تفترشه للجلوس من مقاعد أو غيرها على قدر حال الزوج، لا يسقط حقها في ذلك بامتلاكها الأثاث أو الجهاز اللازم، لأن هذا كله واجب على الزوج لا على الزوجة طبقاً لما سبق بيانه ٠

أما المسكن فإنه من مشتملات النفقة طبقاً لما جاء في المادة الثانية من قانون ١٩٧٩ ، ولا يفرض لها القاضي أجرة مسكن إذا أعد لها زوجها سكناً مناسباً تتوافر فيه الشروط المنصوص عليه وهي :

١- أن يسكنها في دار تستقل بها أو في بيت من دار تستقل به حسب حال الزوج من اليسر أو العسر ٠ ومعنى الاستقلال ألا يسكن معها أحداً من أهله أو أولاده من غيرها سوى ولده الصغير أو الغير المميز ٠ جاء في الهداية : «وعلى الزوج أن يسكنها في دار مفردة ليس فيها أحد من أهله الا أن تختار ذلك، ولو أسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها لأن المقصود قد حصل»٠ وقال الكمال بن الهمام تعليقاً على ذلك :

«اقتصر على الغلق . . لأن الضرر بالخوف على المتاع وعدم التمكن من الاستمتاع قد زال»، ومعنى أن يكون المسكن حسبما يليق بحال الزوج أن يسكنها في قصر أو شقة أو حجرة بمرافقها طبقاً لحاله ومنزلته الاجتماعية .

٢ـ وجود المرافق بما يمكنها من قضاء حوائجها المختلفة في بيتها .

٣ـ اكتمال أدوات المسكن من فرش وآنية وأدوات لإعداد الطعام والتنظيف طبقاً للعرف، وإذا تبين من محضر المعاينة أن الأدوات الموجودة بالمسكن ينقصها الشيء الكثير من اللوازم الضرورية وبعضها غير صالح للاستعمال يكون المسكن غير شرعي ولا تجبر الزوجة على الإقامة فيه .

٤ـ إحاطة الجيران بالبيت الذي تسكنه ، بما يحقق لها الأمن على نفسها ومتاعها بحيث إذا استغاثت أغيثت. ويكفي لهذا أن يكون جيرانها من جانب واحد لتحقق المقصود بذلك، ولا يشترط إحاطة الجيران من جميع الجهات.

٥ـ عدم وجود أي استحقاق للغير في المسكن والأدوات والمنقولات اللازمة للمعيشة فيه، حتى تستطيع الزوجة الإقامة فيه على نحو آمن. لذا فإن الحجز على منقولات المسكن الضرورية للمعيشة ، وتعيين حارس عليها يمنع من استعمالها يؤدي إلى أن يكون المسكن في حكم الخالي من هذه الأدوات ، فلا تلزم الزوجة ببقائها فيه، ومن هذا القبيل تكون الأدوات والمنقولات ملكاً للزوج لأنها لا تأتي أمن من أن يطلبها مالكها .

أما إذا لم يهيئ اولزوج مسكنا مستجمعاً لهذه الشروط فإنه يصح

للزوجة أن تطالب زوجها بأجرة سكناها، والمبدأ الذي أكده أحد الأحكام الحديثة أنه إذا ثبت تهيئة المسكن ، وحكم بالنفقة ولو ابتدائياً، فلا تستحق الزوجة أجر مسكن، ولا يسقط حق الزوجة في أجرة السكن إذا كان لها منزل أو جزء من منزل تسكنه وتعيش فيه ، ولا يمنعها ذلك من طلب أجرة مسكن، إذ السكنى من النفقة، ولا يجوز القضاء بإصدار أمر للزوج بتهيئة مسكن للزوجية إذا كانت قد طلبت في دعواها فرض أجرة مسكن لها، إذ معناه رفض طلبها فرض أجرة المسكن مع وجود سبب هذا الفرض وهو عدم تهيئة المسكن المناسب .

نفقة الخادم :

على الزوج نفقة خادم إذا كان موسراً في ثلاثة أحوال :

١- إذا كانت الزوجة مريضة تحتاج إلى من يخدمها .

٢- إذا كان للزوج أولاد لا تستطيع الزوجة القيام بخدمتهم .

٣- إذا كانت ممن لا يقمن بخدمة أنفسهن في العرف .

وإنما وجب على الزوج كراء خادم لها في هذه الأحوال لأنه من المعاشرة بالمعروف، طبقاً لما وجب بقوله تعالى : «وعاشروهن بالمعروف» ،

وفي الفقه النص على أنه إذا ماطل الزوج في كراء خادم لزوجته حتى رفعت أمرها إلى القاضي وثبت هذا المطل فليس ثمة ما يمنع من الحكم عليه بإحضار الخادم، جزاء مطله وتقصيره وخروجاً بالزوجة عن نفسه وظلمه ، وإذا تتابع مطله فللزوجة المطالبة بأجر الخادم لتكري به من يخدمها ويفرض لهذا الخادم نفقة الطعام والكسوة ، فضلاً عن الأجرة ، كما جرى عرف

الناس بذلك. ولا مناص في هذه الحالة من فرض نفقة الخادم على الزوج وأمره بأدائها إلى الزوجة لتتولى بنفسها الإنفاق على من يخدمها. وفي رأي البعض أن الخادم لا تجب له نفقة طعام ولا كسوة فوق أجرته، ولا يجب له سوى الأجرة، شأنه في ذلك شأن القاضي والإمام وناظر الوقف والوصي الذين يستحقون النفقة مرتباً أو ماهية جزاء احتباسهم على الأعمال التي يقومون بها، ولا يحصل هؤلاء فوق أجرتهم (الراتب أو الماهية) على نفقة طعام أو شراب يأخذونها من بيت المال. ومع ذلك فقد أخذت محكمة طنطا في حكم مستأنف لها بوجوب نفقة الطعام والشراب والملبس للخادم فضلاً عن الأجرة نظراً إلى أن العرف الشائع جرى على أن امثال هؤلاء الخدم يأكلون ويشربون ويكسون من مخدمهم فوق أجرتهم.

ولا يجب على الزوج إخدام زوجته إن كان معسراً، لأن النفقة تقدر وفق حاله، وعلى الزوجة أن تخدم نفسها في هذه الحالة.

مصاريف العلاج:

أوجب قانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ على الزوج نفقة علاج زوجته، من ثمن الأدوية وأجرة الطبيب والمستشفى، وبينت المذكرة التوضيحية للقانون أن مصدره في الحكم بهذا هو الفقه الزيدي، وما تقتضيه نصوص فقه الإمام مالك.

وقد كانت الأحكام القضائية السابقة على صدور هذا القانون المعدل بقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ تتضمن النص على استبعاد ثمن الأدوية والعلاج من النفقة الواجبة للزوج طبقاً للرأي الراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة. وقد عدل القانون بهذا عن المذهب الحنفي وأوجب إلزام الزوج

بنفقة العلاج وثمن الدواء وأجرة الطبيب وما إلى ذلك بالاستناد إلى مصدرين عينتهما المذكرة التوضيحية وهما :

١ـ الفقه الزيدي •

٢ـ مقتضى نصوص فقه الإمام مالك •

وفي البحر الزخار حكاية المذهب الزيدي في هذا الشأن، وهو أن على الزوج مصاريف علاج زوجته (١)•

أما استناد القانون إلى مقتضى نصوص فقه الإمام مالك في هذا الشأن فيدل عليه نص المالكية على إيجاب أجرة القابلة والزينة التي تستضر الزوجة بتركها على الزوج (٢)•

ويعارض هذا المقتضى نص فقهاء المالكية على أن : «أجرة الطيب والحجامة وما تتطيب به من شراب وغيره» تتحملها الزوجة • ويدفع التناقض بين هذا الذي نص عليه المالكية من إيجاب أجرة القابلة على الزوج وبين إيجاب أجرة الطبيب على الزوجة التفريق بين ما هو من قبيل الضروري اللازم للحفاظ على صحة الزوجة وحياتها وبين ما هو من قبيل الرفاهية، ويستفاد هذا من كل من الجمع بين أجرة الطبيب والمشروبات الطبية المرفهة في الإيجاب على الزوجة ، ومن إيجاب الزينة التي تستضر المرأة بتركها على زوجها، وهي تشبه الدواء الضروري، لا الدواء الذي يستغني عنه، وتحرير مذهب المالكية أن العلاج والدواء والتطبيب المعتبر من قبل الضروري واجب على الزوج، بخلاف ما كان منه راجعاً إلى التطيب

---

(١) البحر الزخار ٢٧٢/٤

(٢) مواهب ا لجليل ١٨٤/٤.

والترفه فإنه لا يلزم الزوج ٠

ولعل هذا هو ما يجب أن تلتزم به المحاكم في تقدير النفقة، بناء على أن هذا هو التفسير المقترح للمصدر الذي عينه القانون للنص الوارد في هذا الشأن وهو المذهب المالكي٠ ويتأكد هذا بالرجوع إلى الأسس التي انتهى إليها الدكتور محمد بلتاجي في دراسته لهذا القانون، وأخص بالذكر هنا الأساسين التاليين :

١- إيجاب نفقة العلاج والدواء من الضرورات التي تقدر بقدرها ، فيدخل فيها ما هو ضروري، ولا وجه لانتقاد القانون فيما يلاحظ الدكتور محمد بلتاجي بأن هذا سيجر إلى إرهاق الزوج بفحوص وأدوية لا ضرورة لها وتجاوز قدرته ، فإن الواجب مقيد بالضرورة المقدرة بقدرها ٠

٢- النفقة الواجبة مقدرة بالمعروف في نصوص الشرع الذي لم يشأ أن يحدها بقدر معين، وترك ذلك للأعراف الصحيحة المقبولة، وعبر ابن القيم عن هذا في بحث بعنوان ذكر حكمه * في النفقة على الزوجات وأنه لم يقدرها ولا ورد عنه ما يدل على تقديرها وإنما رد الأزواج إلى العرف٠

ومن الواضح أن الفقهاء الذين لم يعتبروا العلاج والتطبيب من مشتملات النفقة الواجبة على الزوج كانوا متأثرين في هذا بأعرافهم ، حيث لم يكن الذهاب إلى الطبيب وأخذ الدواء من الأمور المألوفة ، أما بعد أن تغير الحال الآن، وألف الناس الذهاب إلى الأطباء وأخذ الدواء حتى بات ذلك من الضروريات ، فقد وجب تغير الاجتهاد بتغير الظروف لإلزام الزوج بما أصبح يعده الناس من الضروريات ٠

والحاصل أن نفقة العلاج الضرورية واجبة على الزوج٠

تعديل النفقة زيادة ونقصاً :

يجوز طلب تعديل النفقة المقدرة بقضاء القاضي بحسب حاله، وتفرض عليه في كل وقت بحسبه، فإن كان معسراً في وقت تفرض عليه نفقة المعسرين، وإذا كان موسراً في وقت تفرض عليه نفقة الموسرين ، وفي حكم محكمة فارسكور في ١٢/ ٥/ ١٩٢٤ تبين أن المدعي عليه كان تلميذاً لا كسب له ولا ملك ، ثم بدأ حياته الوظيفية العملية ، ولذا انتهت المحكمة إلى أنه لا يصح أن يكون ما يفرض عليه بعد يساره هو ما كان مفروضاً عليه حالة إعساره لاختلاف حالتيه .

ويجوز طلب تعديل النفقة الواجبة أيضاً إذا تبدلت أسعار الحاجات من رخص إلى غلاء أو العكس. وقد قضت محكمة مصر في حكم مستأنف لها بتاريخ ٩/ ٣/ ١٩٣٢ بتخفيض نفقة الزوجة «نظراً لسوء الحالة الاقتصادية العامة ولانخفاض أسعار الحاجيات، لا لتغير حال المحكوم عليه إلى عسر عن وقت الفرض، لأن ذلك لم يشهد به شهود التخفيض».

ومع أن المحكمة قد أخذت بنقص الواجب للزوجة في هذا الحكم لتدني الأسعار فإنها رفضت تخفيض الواجب بالنسبة لنفقة الوالدين بناء على أن «أسعار الحاجات وإن انخفضت الآن عن وقت الفرض، إلا أنه قد مضى على الفرض نحو سنة ونصف وزاد سن الولدين في هذه المدة زيادة تستدعي زيادة حاجاتهما وتجعل ما فرض لهما غير قابل للتخفيض».

ويهذا جاز تعديل الحكم بالنفقة لأي من السببين التاليين :

١- تبدل حال المنفق من اليسار إلي الإعسار أو العكس.

٢- تبدل أسعار الحاجات من رخص إلي غلاء أو العكس.

وقد قضت محكمة مصر في حكم مستأنف لها بتاريخ ٩/ ٣/ ١٩٣٢ بتخفيض نفقة الزوجة «نظراص لسوء الحالة الاقتصادية العامة ولانخفاض أسعار الحاجيات. لا لتغير حال المحكوم عليه إلى عسر عن وقت الفرض، لأن ذلك لم يشهد به شهود التخفيض».

ومع أن المحكمة قد أخذت بنقص الواجب للزوجة في هذا الحكم لتدني الأسعار، فإنها رفضت تخفيض الواجب بالنسبة لنفقة الولدين بناء على أن «أسعار الحاجات وإن انخفضت الآن عن وقت الفرض، إلا أنه قد مضى على الفرض نحو سنة ونصف، وزاد سن الولدين بمقدار هذه المدة زيادة تستدعي زيادة حاجاتهما وتجعل ما فرض لهما غير قابل للتخفيض».

ولا يجوز الحكم بالزيادة في النفقة من تاريخ سابق على هذا الحكم، لأن الزيادة لا تفرض الا من تاريخ الحكم بهذه الزيادة. وفي حاشية ابن عابدين أنه لو قضى لها بنفقة الإعسار ثم أيسر فخاصمته تمم القاضي نفقة يساره في المستقبل، لا في الماضي لأنها رضيت به ولو بعد عروض اليسار.

ولا يجوز تخفيض نفقة الكفاية إذا زاد إعسار الزوج أو تزوج بأخرى، لأن حد الكفاية لا يجري نقصه.

النفقة المؤقتة:

على القاضي في حال قيام سبب استحقاق النفقة، وهو قيام الزوجية الصحيحة، مع توافر شروط هذا الاستحقاق أن يفرض للزوجة ولصغارها من زوجها نفقة مؤقتة تفي بحاجاتها الضرورية، وذلك في خلال اسبوعين

على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى. وهذا هو ما حكمت به المادة ١٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والمعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.

والحكمة من فرض هذه النفقة المؤقتة خلال اسبوعين من رفع الدعوى أن أمد التقاضي قد يطول قبل الوصول إلى حكم نهائي بالنفقة، مما يؤدي إلى إعنات الزوجة وتكليفها ما لا تطيق، ولذا مست الحاجة إلى فرض هذه النفقة المؤقتة حتى تتمكن الزوجة من تأمين مورد يفي باحتياجاتها الضرورية وحاجة صغارها، وذلك خلال اسبوعين من رفعها دعوى النفقة.

لا تفرض النفقة المؤقتة للزوجة وحدها، بل تشملها هي وصغارها حتى لا تعاني بمعاناتهم، ولأنهم قد يكونون أحوج منها إلى مثل هذه النفقة.

شروط الحكم بالنفقة المؤقتة:

الشرط في الحكم بالنفقة المؤقتة للزوجة وصغارها هو مطالبة الزوجة والأولياء على نفس الصغار، فلا يحكم للزوجة بهذه النفقة المؤقتة إلا بناء على طلبها، ولا يحكم للصغار بها كذلك إلا بعد مطالبة أولياء النفس عليهم، لأنهم هم الذين يقدرون الحاجة إلى مثل هذه النفقة.

ويشترط كذلك قيام حاجة الزوجة والصغار إلى هذه النفقة المؤقتة، لأنها شرعت لسد الحاجة الضرورية للزوجة والصغار، فإن لم توجد الحاجة إلى النفقة المؤقت لم يفرضها القاضي. ويتعرف القاضي على قيام الحاجة إلى النفقة المؤقتة من القرائن والظروف التي تحيط بالزوجة.

وتتلخص أحكام النفق المؤقتة بهذا فيما يلي:

١- لا يفرض القاضي النفقة المؤقتة من تلقاء نفسه، وإنما لا بد من طلب الزوجة أو الولي على الصغار.

٢- لا يفرض القاضي النفقة المؤقتة إلا في حالة قيام سبب استحقاق النفقة وتوافر شروط هذا الاستحقاق.

٣- تقدر النفقة المؤقتة في حدود الحاجة الضرورية للزوجة ولصغارها، ولذا فإنها لا تفرض لمن كانت قادرة على حاجاتها الضرورية.

٤- تستحق النفقة المؤقتة من تاريخ الحكم بها، ولا تفرض على المدة السابقة على الحكم بها، لأنها لدفع الحاجة الضرورية في الحاضر وقد اندفعت في الماضي.

٥- ينفذ الحكم بالنفقة المؤقتة فور صدور الحكم به، ولا يترتب على الإشكال المقدم من المحكوم عليه وقف إجراء التنفيذ بالنسبة لهذه النفقة.

٦- لا حق للزوج في استئناف الحكم بالنفقة المؤقتة على وجه الاستقلال.

الامتناع عن الوفاء بالنفقة المقدرة:

إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته أو مطلقته فترة عدتها فإن المحكمة يجب عليها أن تنظر الدعوى المتعلقة بذلك على وجه الاستعجال، ولطالب النفقة أن يستصدر أمراً من المحكمة المنظور أمامها الدعوى بتقدير نفقة وقتية له، وذلك طبقاً لما جاء في المادة الأولى من قانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٩. والهدف من فرض النفقة الوقتية هو الإسراع بحصول الزوجة على مصدر تنفق منه على لوازم معيشتها، ولا يقل ما تأخذه الزوجة لنفسها

وصغارها من الزوج عما يفي بالحاجات الضرورية، وتجري المقاصة بين ما أداه الزوج من نفقة مؤقتة وبين النفقة المحكوم بها عليه نهائياً• وتنفذ النفقة الوقتية أو الثابتة بطرق تنفيذ الأحكام الشرعية التي حددتها الأصول القانونية الثلاثة التالية :

١ـ اللائحة الشرعية : المواد من ٣٤٣ إلى ٣٥٠، فيما عدا المادة ٣٤٨ الملغاة بقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، والمادتان ٣٥٣، ٣٥٤ الواردتان في التنفيذ المؤقت •

٢ـ لائحة تنفيذ المحاكم الشرعية الصادرة في ٤ أبريل ١٩٠٧ والتي نص قانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ في المادة الثانية عشرة منه على بقاء العمل بها في تنفيذ أحكام مسائل الأحوال الشخصية •

٣ـ منشورات وزارة العدل أو الحقانية طبقاً لما ورد في المادة ٣٨١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية •

وأهم الأسس الفقهية المتعلقة بتنفيذ أحكام النفقة فيما يلي :

أولاً ... يجب على الزوج الوفاء بما قدر لزوجته من نفقة بتراضيهما أو بقضاء القاضي عن طواعية، والا استمرت ذمته مشغولة بهذا الواجب •

ثانياً ... إذا امتنع عن الإنفاق الواجب عليه بقضاء القاضي كان مماطلاً، وحقت عقوبته طبقاً لقوله ﷺ : مطل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته»• وهذا هو ما تبينه المادة ٣٤٧ من اللائحة الشرعية ، ونصها : «إذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم الصادر في النفقات أو في أجرة الحضانة أو الرضاعة أو المسكن يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التي أصدرت الحكم

أو التي بدائرتها التنفيذ. ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادراً على القيام بما حكم به وأمرته ولم يمتثل حكمت بحبسه، ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوماً.

أما إذا أدى المحكوم عليه ما حكم عليه به أو أحضر كفيلاً فإنه يخلى سبيله ، وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية ".

والشروط الواجبة لإعمال حكم هذه المادة بالحبس في النفقة ما يلي :

١ـ صدور حكم قضائي بالنفقة مشمولاً بالنفاذ.

٢ـ أن يكون هذا الحكم نهائياً. وهذا الحكم وإن لم يرد في المادة المذكورة فقد تضمنته التعليمات الصادرة من وزارة الحقانية بمقتضى التفويض المخول إليها بالمادة ٣٨١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

٣ـ امتناع المحكوم عليه عن التنفيذ مع ثبوت قدرته عليه .

٤ـ إعلانه بالمبلغ الواجب الدفع مع إمهاله إلى جلسة تالية محددة التاريخ، ولا يوجب الأحناف هذا الإمهال إن ثبت الدين رغم إنكاره ، لأن هذا الإنكار دليل المطل على حين يجب إمهاله في الراجح من مذهب الأحناف إن ثبت الدين بإقراره .

٥ـ ألا يتكرر الحبس في الدين الواحد .

وقد اختلف فقهاء الأحناف في أقصى مدة الحبس ، فقدرت بأربعة أشهر وبستة ، وتركها بعضهم إلى رأي القاضي ، وهو الأرجح غير أن نص المادة ٣٤٧ قد جاء التقدير فيه بألا يزيد عن شهر. وهو مفتوح للنقد من جهة أن المقادير لا تعين بالرأي، كما أن هذا قد يشجع البعض على الإضرار

بالزوجات والامتناع عن الإنفاق عليهن ·

ثالثاً ... في التنفيذ بالطرق الاعتيادية يقدم الحجز على النقود وما في معناها كالحلي على سائر المنقولات، ولا يحجز على العقارات إلا اذا لم تف المنقولات بالواجب على المدين· وقد تضمنت المادة الثانية من لائحة تنفيذ الأحكام الشرعية هذا الترتيب الذي يحقق مصلحة الدائن والمدين على السواء، ولا خلاف بين الفقهاء على جواز حكم القاضي بالاستيلاء على نقود المدين للوفاء بدينه منها، والخلاف في المذهب الحنفي على جواز بيع ما ليس من جنس دينه من الأموال· فرأي أبو حنيفة أنه لا حق لأحد في ذلك، ويحبس المدين إلى أن يقوم هو ببيع أمواله· ورأي غير أبي حنيفة جواز الاستيلاء على منقولات المدين أو عقاراته وبيعها جبرواً عنه للوفاء بدينه من ثمنه ورد ما يبقى من ذلك له وإنما كان للقاضي ذلك بحكم ولايته العامة ومنعاً للظلم ·

رابعاً ... التنفيذ بالحجز على مال المدين لدى الغير كالأجر والمرتب والمعاش مما هو جائز كذلك مع تقيده بترك نسبة تكفي المدين للإنفاق على نفسه إن لم يعرف له مصدر مالي آخر · ذلك أن الفقهاء يمنعون الحجز على ما هو لازم للمدين من الأشياء الضرورية كالملبس والمسكن وأدوات الحرفة ويتفق مع هذا ما جاء في المادة ٣٠٩ من قانون المرافعات الجديد لسنة ١٩٦٨ · فقد نصت على أنه لا يجوز الحجز الا على مقدار الربع، وعند التزاحم يخصص النصف للوفاء بدين النفقة المقررة والنصف الآخر لما عداه من الديون· وقد جاء في المادة الرابعة من قانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٧٦ رفع الحد الأقصى لما يجوز الحجز عليه من المرتبات أو الأجور أو المعاشات للوفاء

بدين النفقة للزوجة أو المطلقة أو الأبناء أو الوالدين إلى ٤٠٪ مع إعطاء هذه الديون أولوية مطلقة في الوفاء بها ، فقد جاء في المادة الثامنة من القانون المذكور أنه عند «التزاحم بين الديون تكون الأولوية لدين نفقة الزوجة أو المطلقة فنفقة الوالدين فنفقة الأقارب ، ثم الديون الأخرى» .

ويجب أن يكون للزوجة الحق في تتبع مال الزوج من حسابات في البنوك أو أسهم في الشركات أو غير ذلك مما يتيسر استيفاء دين النفقة منه .

إعسار الزوج بالنفقة :

لا يجوز حبس الزوج إن كان معسراً بالنفقة ، لأن الشرط في جوازحبسه هو امتناعه عن الوفاء به مع ثبوت قدرته عليه ، ولأنه لا يكون ظالماً بإعساره فلا يباح عقابه . وقد أوجب الله تعالى إنظار المدين المعسر وإمهاله إلى حين ميسرة ، وذلك في قوله : «وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون» . ويترتب على الحكم بإعسار الزوج عن الوفاء بالنفقة من الأحكام التالية :

١- بقاء ذمة الزوج مشغولة بدين النفقة إلى حين قدرته على الوفاء بها ، خلافاً للمالكية الذين يحكمون بسقوط النفقة عن الزوج مدة إعساره ، فلا ترجع عليه الزوجة بها إذا أيسر ، فالإعسار عندهم مانع من وجوب النفقة لقوله تعالى : ﴿لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها﴾ .

والقضاء برأي الجمهور في أن الإعسار ليس سبباً لإسقاط النفقة في حالتين :

أ - نفقة الزوجة ووجوبها على زوجها موسراً أو معسراً .

ب - نفقة الصغير ووجوبها على أبيه ·

٢ـ لا ينتقل وجوب النفقة للزوجة بإعسار الزوج إلى غيره ممن تجب عليهم نفقتها أو نفقته ، وهو معنى قول الفقهاء بأن نفقة الزوجة على زوجها لا يشاركه فيها أحد، ولذا لا تجب نفقة زوجة الأب المعسر على ابنه ابتداء، كما لا تلزم الأب نفقة زوجة ابنه المعسر، والوجوب الذي يفهم من بعض النصوص إنما هو وجوب الإقراض والإدانة ليرجع المقرض على الزوج عند يساره· ومفاد ذلك أن هناك قولاً في المذهب الحنفي يوجب على من تجب عليه نفقة الزوج المعسر أن يقرضه نفقة زوجته ليرجع عليه بما أقرضه عند يساره· ويقضي الرأي الراجح في المذهب الحنفي بتحميل وجوب إقراض زوجة المعسر على من تجب عليه نفقتها إذا لم يكن لها زوج ، طبقاً لما جاء في المادة ١٧٧ من الأكام الشرعية، وهذا هو ما أخذ به القانون السوري، حيث جاء في مادته الثمانين على أنه : «إذا حكم للزوجة بنفقة على الزوج وتعذر تحصيلها منه يلزم من يكلف بنفقتها فيما لو فرضت غير ذات زوج أن ينفق عليها بالقدر المفروض ويكون له حق الرجوع على الزوج»·

٣ـ لا يفرق بين الزوجين بالإعسار في المذهب الحنفي ، خلافاً لما أخذ به قانون ١٩٢٠ ، فقد جاد في مادته الرابعة أن للزوجة أن تطلب التفريق بينهما وبين زوجها إذا امتنع عن الإنفاق ولم يثبت يساره أو إعساره، وكذا إذا ادعى الإعسار ، ويمهله القاضي شهراص واحداً للإنفاق ، فإن لم يستطع طلق عليه زوجته ·

الأمر بالاستدانة:

إذا أعسر الزوج بالنفقة كان للزوجة أن تستدين عليه فى حدود نفقتها الواجبة لها بتقدير القاضى أو بالتراضي. ولايخلو بالأمر بالاستدانة أن يكون من جهة القاضى، بحكم ولايته العامة، أو من جهة الزوج بحكم ولايته أمور نفسه. ولايشكل على ذلك ماأورده البعض من أن الإذن بالاستدانة توكيل فى الاستقراض، والتوكيل فى الاستقراض لايجوز، لأن الاستدانة ليست نصاً فى القرض، بل هى كما تكون به تكون بالشراء نسيئة. ومن جهة أخرى فإن الإذن بالاستدانة ممن تجب عليه النفقة ليس توكيلاً، وإنما هو تفويض، لأن المأذون له بالاستدانة إنما يعمل لنفسه والوكيل لايعمل إلا لغيره.

وحكم الاستدانة بأمر الزوج أو القاضى أن لدائن الزوجة أن يرجع على الزوج وأن يطالبه بدين النفقة. أما إذا كانت المرأة هى التى استدانت بغير إذن من القاضى أو الزوج فلايكون لدائنها الحق فى الرجوع إلا عليها، وترجع هى على زوجها إن كان لها حق.

وكذلك فإن النفقة المستدانة بأمر الزوج أو القاضى لايسقط دينها بموت أحد الطرفين ولابنشوز الزوجة، ولاينتهى هذا الدين إلا بالأداء أو الإبراء، أما إن كانت المرأة هى التي استدانت بنفسها فقد كان المعمول به هو سقوط مثل هذا الدين بالأداء والإبراء والنشوز وموت أحد الزوجين، طبقاً للرأى الراجح فى المذهب الحنفى إلى أن صدر قانون ١٩٢٠ الذى جاء فى مادته الأولى النص على أن نفقة الزوجة تعتبر ديناً على الزوج من تاريخ امتناعه عن الإنفاق على الزوجة، بحيث لايسقط هذا الدين إلا بالأداء أو

الإبراء· ومنذ ذلك أصبح من حق الزوجة أن ترجع على زوجها بما استدانته فى حدود النفقة الواجبة، ولو لم يكن قد صدر لها إذن بذلك·

النفقة المتجمدة:

تجب النفقة على الزوج من تاريخ عقد الزواج، ويفرض القاضى النفقة للزوجة من تاريخ مطل الزوج وامتناعه عن الإنفاق، ولهما أن يتراضيا على تقدير النفقة بشئ معين طبقاً لما تقدم، ولاتصير النفقة ديناً على الزوج فى مذهب الأحناف حسبما تقدم ذكره إلا بعد تقديرها بقضاء القاضى أو بالتراضى على شئ معين، أما ما أنفقته الزوجة من مالها بين تاريخ مطل الزوج وامتناعه عن الإنفاق وبين صدور التقدير فلاحق لها فى المطالبة إلا بنفقة شهر واحد· جاء فى المادة ٢٠٠ من الأحكام الشرعية : «ليس للمرأة الرجوع على زوجها حاضرا كان أو غائبا بما أنفقته من مالها قبل فرض القاضى أو التراضى على شي معين، بل يسقط ذلك بمضى شهر فأكثر»·

غير أن مرسوم ١٩٢٠ قد جاء بالنص فى مادته الأولى على اعتبار « نفقة الزوجة التى سلمت نفسها لزوجها ولو حكماً ديناً فى ذمته من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق مع وجوبه، بلاتوقف على قضاء أو تراض منهما، ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الإبراء »·

ومصدر هذا النص هو المذهب الشافعى، كما أنه يتضمن الحكم بالأمور التالية :

١ـ اعتبار النفقة ديناً فى ذمة الزوج من وقت امتناعه عن الإنفاق الواجب بلا توقف على قضاء القاضى أو التراضى بين الزوجين· ومن حق الزوجة أن

تثبت هذا التوقف أو الامتناع بأى من طرق الإثبات.

٢- النفقة ليست ديناً ضعيفاً يسقط بمضى شهر أو أكثر قبل تقديرها بقضاء أو تراض، كما أنها لاتسقط بالنشوز أو الموت مالم تكن مستدانة بإذن القاضى أو الزوج، وإنما هى دين قوى لايسقط إلا بالأداء أو الإبراء.

٣- أصبح من حق الزوجة المطالبة بالنفقة عن أية مدة ماضية دون تقيد فى ذلك إلا بمدة التقادم المانع من سماع الدعوى، وهو خمس عشرة سنة.

النفقة عن المدة الماضية:

وقد ترتب على هذا أن كثرت الدعاوى التى تطالب فيها الزوجات بالنفقة عن مدة ماضية تبلغ سنين عديدة لمجرد مكايدة الأزواج والنكاية بهن أثناء النزاع والمخاصمة، وذلك على الرغم من قيام هؤلاء الأزواج بواجبهم فى الإنفاق قبل هذا النزاع. ورئى لهذا أنه لابد من وضع حد للفترة التى يسمح فيها للزوجات بالمطالبة بالنفقة الماضية عنها، وقد جاء الحل فيما تضمنته المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى نصت على أنه « لاتسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى ». وبزيادة هذه الفقرة لم تعد تستطيع الزوجة المطالبة بنفقة زوجية عن مدة مضت عليها ثلاث سنوات، مالم يكن قد سبق فرض النفقة وتقديرها بقضاء أو تراض.

وعلى الرغم من أن القانون قد أخذ بمذهب الشافعية أصلاً فى الحكم باعتبار نفقة الزوجة ديناً من وقت الامتناع بحق لها المطالبة به سواء مر علي هذا الامتناع ثلاث سنوات أو أكثر، فان القانون بهذه الزيادة قد قيد حق الزوجة فى المطالبة بنفقة ماضية وقصرها على ثلاث سنوات رعاية لمصالح

الأزواج ومنعاً من تشعب النزاع أمام المحاكم.

غير أن قانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المعدل بقاون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ قد جاء فيه قصر المدة الماضية التى تسمع دعوى المطالبة بالنفقة عنها على سنة واحدة. وجاء فى المذكرة التوضيحية لهذا القانون التعليل لهذا التقييد بأن « فى إطلاق إجازة المطالبة بالنفقة عن مدة ماضية سابقة على تاريخ رفع الدعوى احتمال جواز المطالبة بسنين عديدة. كما أن المدة التى كانت مقررة فى المادة ٩٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة المحاكم الشرعية وهي ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى غدت كثيرة، مما رأى معه هذا المشروع الاكتفاء بسنة واحدة عن طريق منع سماع الدعوى. ولايضار صاحب الحق بهذا الحكم. إذ يمكنه المبادرة إلى طلب حقه حتى لاتمضى عليه سنة فأكثر. وظاهر أن هذا الحكم خاص بنفقة الزوجة على زوجها لايتعداه إلى غير هذا من الحقوق » أى النفقة على الأقارب التى لاتجب عن أية مدة ماضية قبل الفرض والتقدير.

وهكذا استقر الأمر أخيراً على قصر المطالبة بالنفقة الماضية فى سنة واحدة بدلاً من ثلاث سنوات.

ومجمل حلقات التطور فى المطالبة بدين النفقة فى القانون المصرى فيما يلى :

١ـ مرحلة إعمال الرأى الراجح من مذهب أبى حنيفة الذى يقصر حق المطالبة بنفقة الزوجة عن فترة ماضية فى شهر واحد لا أكثر، مالم يكن قد سبق الفرض بالقضاء أو التراضى، إذ لاتسقط بمضى هذه المدة وإنما تسقط بالنشوز أو بموت أحد الزوجين.

٢ـ مرحلة إعمال المذهب الشافعي على إطلاقه وإعطاء الزوجة الحق في المطالبة بالنفقة المتجمدة ولو قبل الفرض أو التقدير مهما طالت المدة، لاتتقيد إلا بفترة التقادم المانع من سماع الدعوى، ومدته خمس عشرة سنة.

٣ـ مرحلة إعمال المذهب الشافعي مع تقييد الحق في المطالبة بهذه النفقة بثلاث سنوات، طبقا لما جاء في المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة عام ١٩٣١.

٤ـ مرحلة تقييد إعمال المذهب الشافعي في النفقة السابقة على الفرض والتقدير بسنة واحدة، لظهور كونها فترة كافية في رفع الأمر إلى القضاء إن ظهر مطل الزوج وامتناعه عن الإنفاق.

نفقة الغائب:

الغائب هو من يتعذر إحضاره إلى المحكمة لمقاضاته وسؤاله عن الدعوى سواء كان غائبا عن البلد الذي توجد فيه زوجته أو موجودا فيه وسواء كانت غيبته قريبة أو بعيدة، وسواء كانت غيبته منقطعه أو غير منقطعة. والغيبة القريبة هي أن يكون المدعى عليه في مكان يصله حكم المحكمة في مدة لاتزيد عن تسعة أيام، والغيبة المنقطعة هي التي لايدرى معها حياته أو موته.

ولايجب على الزوجة انتظار حضور زوجها للمثول أمام المحكمة، لما في ذلك من الإعنات والمشقة. وكان المتبع أن يجرى إعذاره في محل إقامته بالنداء عليه ثلاثة أيام والإعلان عن الدعوى المرفوعة عليه وموعد نظر الدعوى فإن لم يحضر بعد هذا الإعذار حكم عليه القاضي في غيبته.

ولاتشترط المادة ٢٨٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية توجيه هذا الإعذار للحكم على الغائب، ونصها : « إذا لم يحضر المدعى عليه - لا بنفسه ولا بوكيل عنه بعد إعلانه - فى الميعاد الذى حدد له تسمع الدعوى وأدلتها ويحكم فى غيبته بدون إعذار ولانصب وكيل » ٠

ويحكم للزوجة بالنفقة على زوجها الغائب على التفصيل التالى :

١- إذا كان له مال ظاهر من جنس النفقة كالغلال والنقود والذهب أو الفضة نفذ الحكم عليه بالنفقة فى هذا المال بلاخلاف بين الفُقه وماجاءت به المادة الخامسة من مرسوم ١٩٢٠٠

٢- إذا لم يكن للغائب مال ظاهر من جنس النفقة وكان له مال من غير هذا الجنس كالأمتعة والعقارات والأراضى فينفذ عليه الواجب من النفقة بطرق التنفيذ العادية طبقا لما سبق بيانه٠

٣- إذا لم يخلف الغائب مالاً فإن القاضى يحكم للزوجة بالنفقة ويأمرها بالاستدانة٠ فإن لم تجد من تستدين منه أمر القاضى من تجب عليه نفقتها من أقاربها لو لم تكن متزوجة بإقراضها، فإذا امتنع حبسه القاضى لوجوب ذلك عليه٠ ولايختلف ماجاء فى المادة الخامسة من مرسوم ١٩٢٠ فى شئ من هذا مع الرأى الراجح فى الفقه الحنفى٠ والخلاف فيما إذا طلبت الزوجة التطليق على زوجها الغائب، حيث لايجوز القضاء على الزوج الغائب أو المعسر بالطلاق عند الأحناف، لأن حاجتها فى النفقة اندفعت بالإذن لها بالاستدانة وفرض إقراضها على من تجب عليه نفقتها من أقاربها لو لم تكن متزوجة٠

٤- غير أن المادة المذكورة من مرسوم ١٩٢٠ قد أجازت للزوجة التى غاب

زوجها غيبة قريبة أن تطلب تطليق القاضى عليه، ويطلقها القاضى على هذا الزوج إن لم يكن له مال ظاهر بعد إعذاره بالطرق المعروفة وإمهاله إلى أجل يحدده له ولم يحضر فى هذا الأجل المضروب للإنفاق على زوجته ولم يرسل ماتنفق منه على نفسها• وقد عدل القانون فى هذا عن رأى الأحناف وأخذ برأي الجمهور فى التطليق لعدم الإنفاق•

٥- ويطلق القاضى عليه فى الحال إن كانت غيبته بعيدة أو منقطعة وثبت أنه لم يترك مالاً تنفق منه الزوجة، دون اشتراط الإعذار أو الإمهال إلى أجل معين• وهذا هو ماجاء فى المادة الخامسة من قانون ١٩٢٠ الذى عدل فيه عن الأخذ بالمذهب الحنفى إلى رأى الجمهور القاضى بجواز التطليق لعدم الإنفاق•

الإبراء عن النفقة :

الإبراء هو إسقاط الشخص حقاً ثابتاً له فى ذمة آخر أو قبله ويحصل الإبراء بالألفاظ الدالة على تخلى الزوجة عن النفقة الثابتة لها فى ذمة زوجها، كأن تقول أبرأت زوجى مما عليه لى من نفقة• والشرط انتفاء احتمال المعاوضة أو مجرد القصد إلى تأخير المطالبة، فلو قالت أبرأتك مما عليك من النفقة لقاء ألف جنيه كان هذا الإنفاق صلحاً لا إبراء•

وقد جاء فى حكم مستأنف كُلى لمحكمة مصر بتاريخ ٢٥/ ٤/ ٤٠ أن التنازل عن النفقة فى مقابل إنما هو تنازل بعوض، فإذا لم يتحقق هذا العوض كان للمتنازل حق الرجوع عن تنازله واعتباره كأن لم يكن• وكانت المستأنفة قد تنازلت عن نفقتها فى مقابل دفع قسط الصداق فى موعد محدد باتفاقهما، ولم يقم المستأنف عليه بتنفيذ التزامه فتكون المستأنفة فى حل من

هذا الصلح ومن حقها السير فى دعوى النفقة.

ويقضى عليهما فى الصلح على النفقة بمقابل بمقتضى عبارتهما وقصودهما. فلو اصطلحا على التنازل عن النفقة والمهر وأجرة الرضاع والحضانة لولدهما مدة عامين نظير أن يخالعها، فخالعها ومات الولد بعد عام واحد كان له أن يطالبها بأجرة الحضانة والرضاع عن العام الآخر، لأنه طلقها نظير هذا كله وقد استوفى بعضه فيثبت له الحق فى سائره. ولو ذكر فى اتفاق الصلح أنه لاحق له فى الرجوع عليها بشىء إن مات الولد لم يكن له الحق فى مطالبتها بشىء.

ولو اتفقا على التنازل عن (حكم النفقة) ودخولها فى طاعته نظير قيامه بدفع قدر من المال لمعيشتها، فإن هذا يعد إسقاطاً لما هو واجب بحكم النفقة، ولايحق لها أن تطالب بتنفيذ الحكم نفسه إذا امتنع الزوج عن تنفيذ التزامه، وإنما يعود لها الحق فى مقاضاته.

ولو اتفقا على « إبطال حكم النفقة الصادر لها عليه على أن يعطيها فى نظير هذا التنازل شهرياً مبلغاً معيناً لنفقتها بحيث إذا تأخر فى دفع المبلغ المصطلح عليه يكون لها حق التنفيذ بجميع المبلغ المحكوم به » فإن هذا يكون صلحا على التنازل عن تنفيذ الحكم مشروطاً بشرط صحيح شرعاً، فإذا لم يقم الزوج بتنفيذ التزامه كان لها المطالبة بتنفيذ الحكم، ولايعتد بما جاء فى صدر الاتفاق من النص على بطلان الحكم لأن الاشتراط يفيد تقييد البطلان بالوفاء بما هو مشترط، ويجب اعتبار الكلام وحدة مترابطة الأجزاء فى تفسيره، وفهم المقصود منه.

ولو قالت أبرأتك من المطالبة بالنفقة مدة سنة كان موافقة منها على تأجيل

المطالبة عاماً، ويسميه بعض الفقهاء إبراء مؤقتا.

ومن الألفاظ الدالة على الإبراء الإسقاط والتمليك والإحلال والتحليل والوضع والعفو والحط والترك والتخلى والتصدق والهبة والعطية. وقد وردت صحة الإبراء عن المستحق من المهر فى قوله تعالى ﴿ وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم إلا أن يعفون، أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح ﴾.

ويشترط لصحة إبراء الزوجة زوجها مما عليه من مهر أو نفقة ثبوت أهليتها للتبرع، أى أن تكون رشيدة غير محجور عليها لسفه أو لمديونية، حتى لايضر تصرفها بالغير.

شروط صحة الإبراء :

ويشترط كذلك لصحة الإبراء وجوب الحق، ولذا لايلزم الإبراء عن النفقة عند الأحناف قبل فرضها بقضاء القاضى أو بالتراضى بين الزوجة والزوج، لأنها لم تثبت دينا فى الذمة قبل ذلك ولايكون الإبراء إلا عما هو ثابت فى الذمة، ويخالف الجمهور فى هذا ويرون صحة الإبراء من النفقة عن المدة الماضية من تاريخ الامتناع عن الإنفاق بناء على أنها تثبت فى الذمة بالمطل والامتناع.

ويتخرج على ماجاء فى قانون ٤٤ لسنة ٧٩ وتعديله لسنه ١٩٨٥ الحكم بتصحيح الإبراء عن النفقة قبل تقديرها بصدور حكم قضائى أو بالتراضى عليها، طبقا لما جاء فى هذا القانون من النص على وجوبها فى الذمة بالامتناع عنها واستمرار شغل ذمة الزوج بها إلى حين أدائها أو الإبراء منها. ويتفرع على هذا الذى جاء به القانون المذكور أنه لايحتج بهذه

الأحكام القضائية التى ورد فيها بطلان الإبراء عن النفقة قبل فرضها والتى ترجع إلى تاريخ سابق على صدور هذا القانون.

ولايعنى ذلك صحة الإبراء عن نفقة المستقبل نظراً لعدم قيام سبب ثبوتها فى الذمة، ومعنى هذا أن الزوجة إذا أبرأت زوجها عن نفقة الخمسة الأعوام التالية لم يلزمها ذلك وكان لها أن تطالب بالنفقة إذا امتنع عن الإنفاق عليها. وإنما لم يصح هذا الإبراء لأنه لايكون إلا عن دين ثابت فى الذمة، ولم يثبت من نفقة الفترة المسماة شئ فى ذمة الزوج. لكن إن أبرأته عن نفقة الأسبوع الحاضر وكانت النفقة تقدر بالأسبوع أو الشهر الحالى وكانت النفقة مشاهرة أو العام الذى بدأ، وكانت النفقة تقدر على أساس العام فإن مثل هذا الإبراء يصح لأنه عن دين ثبت فى الذمة، بناء على أن الزوجة تستحق قبض نفقتها المقدرة لها مقدما لتنفق منها على شئون نفسها. وهذا هو ماورد فى المادة (٢٠٤) من الأحكام الشرعية، ولفظها : « الإبراء .. صحيح عن نفقة المدة الماضية وعن نفقة يوم واحد مستقبل دخل أوله إن كانت مفروضة كل يوم. وعن أسبوع واحد إن كانت مفروضة كل أسبوع وعن نفقة شهر واحد مستقبل قد استهل إن كانت مفروضة كل شهر وعن نفقة سنة واحدة مستقبلة قد دخلت إن كانت مفروضة سنوياً ».

ومع ذلك فقد ترجح لدى علماء المذهب المالكى صحة إبراء الزوجة زوجها عن النفقة الواجبة لها فى المستقبل، بناء على وجود سبب وجوبها وهو الاحتباس فى عقد زواج صحيح.

أحكام الإبراء عن نفقة الزوجية :

والحاصل من أحكام إبراء الزوجة زوجها عن نفقتها مايلى :

١- الإبراء قبل فرض النفقة وتقديرها بقضاء أو تراض صحيح فى مذهب الجمهور وما أخذ به قانون ١٩٧٩ مع تعديله لسنة ١٩٨٥، خلافاً لمذهب الأحناف الذى كان معمولا به فى ذلك قبل صدور هذا القانون المذكور. ولايشترط سوى وجود سبب الحق فى النفقة وهو الاحتباس فى عقد زواج صحيح.

٢- يصح الإبراء عن النفقة الماضية كما يصح عن النفقة الواجبة فى المستقبل عند المالكية. ولايجيز الأحناف الإبراء عن النفقة المستقبلة إلا فى حالتين: أولاهما: الإبراء عن مدة معينة يجرى تقدير النفقة على أساسها، كيوم أو أسبوع أو شهر أو سنة، لأن النفقة تجب معجلة، كما تقدم، والأخرى: الإبراء عن نفقة العدة فى مقابل الخلع.

٣- يترتب على تقييد صحة الإبراء عن نفقة المستقبل هذا التقييد أنهما إذا اصطلحا على تقدير النفقة بقدر معين كمائة فإن هذا الصلح لايمنع الزوجة من المطالبة بالزيادة بناء على أن الصلح نوع من الاتفاق على الإبراء عن الزيادة، وهى مستحقة فى المستقبل، فلاتكون الزوجة ملزمة بهذا النوع من الإبراء. وهذا هو ماأشارت إليه بعض الأحكام القضائية.

المقاصة بدين النفقة:

المقاصة هى اقتطاع دين من دين أو هى إسقاط مَالَكَ من دين على غريمك فى نظير مَاله عليك، أو هى سقوط الدين بجنسه المساوى له جنساً وصفة وحلولاً وأجلاً وقدراً، ومعناه أنك إذا اقترضت مائة من أحد الناس وأقرضته مائة فإن كلا من الدينين يسقط فى مقابل الآخر.

وتنقسم المقاصة إلى الأنواع الثلاثة التالية:

الأول : المقاصة الجبرية، وهى التى تقع بين دينين متماثلين جنساً وصفة وقدراً وحلولاً وتأجيلاً، كأن يقرض شخص لآخر مائة جنيه ويقترض منه مثلها أو يبيعه المقترض متاعا بمائة جنيه حالة الأداء، فتقع المقاصة بين هذين الدينين جبراً عن الطرفين ولاتتوقف على تراضيهما ولا على طلب أحدهما. ويجوز هذا النوع من المقاصة عند غير المالكية الذين لايجيزون المقاصة إلا بناء على اتفاق بين طرفى المقاصة.

والثانى : المقاصة الاتفاقية : وهى التى تقع بتراضى الطرفين واتفاقهما، كأن يكون أحدهما مديناً للآخر بمائة دينار، وهذا الآخر مدين له بألف ريال فيتفقان على إسقاط كل من الدينين فى الآخر. ومثله أن يكون عليها دين لزوجها، مقداره مائة، وقد وجبت لها عليه مائة من دين نفقتها، فإذا اتفقا على المقاصة تَساقط الدينان، ولايخفى أن المقاصة الاتفاقية صحيحة ونافذة بلاخلاف.

الثالث : المقاصة القضائية، وهى التى تثبت بحكم القاضى إذا طلبها أحد الدائنين ولم يوافق عليها الطرف الآخر. وتختلف عن الجبرية فى اشتراط المطالبة بها من أحد الطرفين، كما تختلف عن الاتفاقية فى عدم اشتراط قبول الآخر لإجرائها.

فى المذهب الحنفى :

يرى الأحناف أن دين النفقة دين ضعيف لايسقط قصاصاً بدين الزوج إلا إذا وافق هو على إجراء المقاصة، فإذا كان قد باعها شيئا بمائة وأرادت أن تأخذ ذلك فى نفقتها التى لم يؤدها إليها شهرا أو شهرين فإن له ذلك إذا وافق عليه. أما إذا طلب الزوج المقاصة ورفضتها الزوجة فإن القاضى

يحكم بها. وقد جاء فى المادة (٢٠٥) من الأحكام الشرعية التعبير عن مذهب الأحناف فى عدم التساوى بين دين النفقة الثابتة للزوجة وبين الديون الواجبة للزوج على زوجته، ولذا لاتجرى المقاصة إلا برضا الزوج، ولفظ هذه المادة : « دين النفقة والدين الثابت فى ذمة المرأة لايلتقيان قصاصاً. فإذا طلبت المرأة مقاصة دين نفقتها بما عليها لزوجها فلاتجاب إلى مطلوبها إلا إذا رضى بذلك. وإن طلب هو مقاصة دين نفقتها بما له عليها يجاب إلى طلبه».

فى قانون ١٩٢٠ :

جاء فى المادة الأولى من قانون ١٩٢٠ النص على اعتبار نفقة الزوجة التى سلمت نفسها لزوجها ولو حكماً من الديون القوية التى لاتسقط إلا بالأداء أو الإبراء. ومقتضى ذلك الحكم بتسوية دين النفقة مع الديون التى قد تنشأ للزوج على زوجته. ويترتب عليه الحكم بإجراء المقاصة بين دين النفقة وبين غيره من الديون. ويقضى القاضى بهذه المقاصة، سواء كان الزوج هو الذى طلبها أو الزوجة. ويختلف ذلك عن الرأى الحنفى الذى كان معمولاً به قبل صدور هذا القانون فى أمرين، أولهما عدم التساوى بين دين النفقة وبين الديون الأخرى الثابتة للزوج على الزوجة. والثانى توقف إجراء المقاصة على موافقة الزوج ورضاه.

أما بعد صدور هذا القانون الذى يرفع دين النفقة إلى مرتبة الديون القوية التى لاتسقط بموت أحد الطرفين ولابنشوز الزوجة فقد صار للقاضى أن يحكم بإجراء المقاصة بين ديون نفقة الزوجة وبين الديون الثابتة للزوج، سواء كان ذلك بطلبها أو بطلبه، وليس للآخر الامتناع من إجرائها، لأن

القاعدة العامة أن الدينين إذا استويا فى القوة جرت المقاصة بينهما دون توقف على موافقة أى من المتداينين• وقد جاء فى حكم محكمة سنورس بجلسة ١٥/ ٣/ ١٩٣٢ النص على أن متجمد النفقة بمقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ دين قوى كدين الزوج، ويلتقى معه قصاصا سواء كان ذلك بطلب الزوج أم الزوجة •

ومن تطبيقات ذلك أن ما استولت عليه المطلقة بعد انقضاء عدتها، على أنه من نفقتها ودون أن تخبر أحداً بانقضاء عدتها، يلتقى قصاصا مع مالها من مؤخر الصداق، إذا ثبت - فيما بعد - انقضاء عدتها دون أن تتوقف عن أخذ النفقة من مطلقها، وذلك لتساوى الدينين فى القوة، ولأن من استولى على مال غيره بغير حق وجب عليه رده• وهكذا لو أخذت نفقة عدتها من مطلقها لمدة عام كامل من تاريخ الطلاق، ثم تزوجت بعد انقضاء ثلاثة أشهر فقط من التاريخ نفسه، وأقرت فى عقد زواجها اللاحق بانقضاء عدتها فإن زواجها يحمل على الصحة، لأنها مصدقة فى إقرارها بانقضاء عدتها، وتجرى المقاصة بين ماأخذته من النفقة عن الفترة التالية لانقضاء عدتها وبين مالها قبل مطلقها من دين مؤخر الصداق أو أجرة الرضاع أو أجرة الحضانة•

قانون ١٩٧٩ وتعديله :

اتضح من التطبيقات القضائية للإلزام بالمقاصة بين ديون الزوجين أن هناك بعض الأحوال التى يؤدى إجبار الزوجة على إجراء المقاصة بين نفقتها وبين ديون زوجها عليها إلى الإضرار بها، كما إذا لم يكن لها مورد آخر سوى نفقتها التى يجريها عليها زوجها• ويؤدى الإصرار على المقاصة من

جانب الزوج إلى ألا تجد فى يدها شيئا تنفق مه، ولذا اتجه واضعو قانون ١٩٧٩ إلى تقييد إيجاب القاضى المقاصة بشرط عدم الإضرار بالزوجة، ولذا جاء فيه النص على أنه « لايقبل من الزوج التمسك بالمقاصة بين نفقة الزوجة وبين دين له عليها إلا فيما يزيد على مايفى بحاجتها الضرورية »· وفى المذكرة التوضيحية لهذا القانون بيان الهدف من هذا النص بأنه العمل على حماية حق الزوجة فى الحصول على مايفى بحاجتها وقوام حياتها، حيث لم يوجب القانون إجراء المقاصة بين نفقة الزوجة وبين دين ثابت للزوج عليها إلا فيما يزيد على مايكفيها ويقيم أود حياتها·

ومصدر القانون فى هذا الذى أخذ به هو المذهب الحنبلى· جاء فى المغنى لابن قدامة الحنبلى : « ومن وجبت عليه نفقة امرأته وكان له عليها دين فأراد أن يحتسب عليها بدينه مكان نفقتها، فإن كانت موسرة فله ذلك لأن من عليه حق فله أن يقضيه من أى أموال شاء، وهذا من ماله، وإن كانت معسرة لم يكن له ذلك، لأن قضاء الدين إنما يجب فى الفاضل من قوته، وهذا لايفضل عنها، ولأن الله تعالى أمر بإنظار المعسر بقوله سبحانه وتعالى : ﴿ وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ﴾ فيجب إنظارها بما عليها·

والحاصل أن العمل فى إجراء المقاصة بين دين النفقة وبين دين الزوج قبل الزوجة يجرى الآن على التفريق بين الأحوال التالية :

- وجوب إجراء المقاصة بين الدينين إذا كانت الزوجة هى التى طلبت ذلك، أو إذا كان الزوج هو الذى طلب إجراء المقاصة ووافقت الزوجة·

- إذا لم توافق الزوجة على طلب المقاصة وكانت موسرة وجب إجراؤها

كذلك •

- أما إذا كانت الزوجة معسرة فلاتجرى المقاصة إلا فيما زاد على مقدار نفقتها الضرورية، لأن حفظ حياتها مقدم على تسوية ديونها• والقاعدة المتفق عليها فى المذاهب أنه لايقضي بأخذ ماهو من ضروريات المعيشة• ولذا لايباع على المفلس قوته ولاقوت أولاده، كما لاتباع عليه آلات حرفته ومسكنه وكتبه إن كان أهل علم•

امتياز دين النفقة:

جاء فى آخر المادة الثانية من قانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ أنه « يكون لدين نفقة الزوجة امتياز على جميع أموال الزوج ويتقدم فى مرتبته على ديون النفقة الأخرى »• وفى هذا نص على الحكمين التاليين .

١ - حق الزوجة فى استيفاء دين نفقتها من جميع أموال الزوج، نقودا كانت أو عقارات أو منقولات•

٢ - تقدم حق الزوجة فى الرتبة على ديون النفقة الأخرى الواجبة للأقارب أو بسبب الملك •

وقد تقدم توضيح حق الزوجة فى المطالبة بالحجز على أموال الزوج كلها من نقود ومنقولات وعقارات لاستيفاء دين النفقة منها، بأخذ ماهو من جنس الدين أو بالحكم ببيع مالبس من جنسه واستيفاء الدين من ثمنه ورد مابقى منه إلى مالكه•

أما تقديم دين نفقة الزوجة على غيره من النفقات فيتضح بملاحظة الأمرين التاليين

١ـ نظام ترتيب الديون فى الفقه الإسلامى •

٢ـ تقديم نفقة الزوجة على غيرها من النفقات •

أما بالنسبة لنظام ترتيب الديون فى الفقه الإسلامى فيلاحظ أن هذا الفقه قد حدد أسباب الأولوية فى استيفاء الديون• وقدم على حقوق الغرماء جميعهم حقوق المدين وأهله فى الوفاء بحاجاته وحاجاتهم الضرورية• وتتحدد ملامح هذا النظام بالنظر إلى تقديم حق المدين وأهله فى النفقة الضرورية على واجبه فى أداء الديون، ولذا فإنه لاخلاف بين جمهور الفقهاء على انه لايباع على المفلس من ماله عند قضاء ديونه مايعيش به هو وأهله الصغر ويباع مايزيد عن حاجته الضرورية فى الوفاء بالديون إن كفت ذلك، وإن لم تكف فإن حقوق الدائنين تقضيحسب ترتيب خاص يفيد تقديم دائني التفليسة الذين نشأت ديونهم بسبب تصفية أموال المفلس وتقسيمها على الغرماء ثم الدائن المرتهن ومؤجر الأرض الزراعية والعمال الزراعين والصناع والناقل ومؤجر العقار وحائز السلعة ببيع فاسد•

وقد جاء فى حكم محكمة الجمالية بجلسة ٢٠/ ٨/ ١٩٣٣ الإشارة إلى قاعدة « تقديم نفقة الزوجة والأطفال والأرحام على سائر الديون »• وقد أكد حكم شرعى كلى مستأنف لمحكمة مصر بتاريخ ٢٤/ ٨/ ٤٢ هذه القاعدة، وتضمن هذا الحكم النص على أن الفقه يقضى بتقديم نفقة الزوجة والأطفال والأرحام على سائر الديون وأن الغرماء لايزاحمون هذه النفقة•

ويشهد من جهة أخرى لتقديم نفقة الزوجة على نفقة الوالدين وسائر الأقارب مارواه جابر أن رسول الله عليه الصلاة والسلام قال : « ابدأ بنفسك فتصدق عليها فإن فضل شئ فلأهلك فإن فضل شئ فلذى

قرابتك»• ويشير حكم محكمة الفيوم بتاريخ ٢٧/ ٣/ ٣٨ إلى أن وزارة الحقانية كانت قد أصدرت تعليماتها إلى القضاة بالتزام تقديم الواجب من نفقة الزوجة على ماوجب من النفقة على الأقارب• وقد جاء فى هذا الحكم النص على أن نفقة الزوجة مقدمة على نفقة الوالدين، فبالأولى تقدم على نفقة الحواشى، فلا يجاب القريب إلى طلبه أحقيته فى التنفيذ عن الزوجة أو مشاركته لها »• والاستدلال لهذا بالأدلة التالية :

١ـ حديث جابر المذكور، وهو نص فى الموضوع•

٢ـ تقديم نفقة الزوجة من الإمساك بالمعروف الذى أوجبه القرآن•

٣ـ والمعقول أن نفقة الزوجة واجبة بالاحتباس فهى أشبه بعوض واجب الأداء بخلاف نفقة القريب فإنها محض صلة•

ومفاد هذا كله أن أحكام المحاكم كانت قد استقرت منذ فترة بعيدة على تقديم النفقات على سائر الديون، وعلى تقديم نفقة الزوجة على نفقة غيرها من الوالدين والإخوة ومن تلزم نفقتهم من الأقارب• ويرجع هذا الاستقرار إلى النص على هذا التقديم فى كتب المذهب الحنفى وإلى تعليمات وزارة الحقانية (العدل) الصادرة فى الأمر نفسه، طبقا لما أشار إليه الحكم المذكور•

ومع ذلك فقد تضمنت المادة الثامنة من قانون ١٩٧٩ بشأن تعديل أحكام بعض النفقات النص على تقديم نفقة الزوجة فنفقة الأولاد ثم الوالدين ثم نفقة سائر الأقارب ثم الديون الأخرى. ونص هذه المادة : « فى حالة التزاحم بين الديون تكون الأولوية لدين نفقة الزوجة أو المطلقة فنفقة الأبناء فنفقة الوالدين فنفقة الأقارب ثم الديون الأخرى » •

الكفالة بالنفقة :

الكفالة من عقود التوثق فى الفقة الإسلامى، وهى فيما يتعلق بالمال عبارة عن ضم ذمة إلى أخرى فى الدين والمطالبة به، ويشترط فى الحق المكفول وجوبه على الأصيل على وجه يلزمه أن يسلمه ولو فى المستقبل إلى الدائن. وتطبيق ذلك على دين النفقة أنه يلزم أن يكون دينا صحيحا قوياً لايسقط إلا بأداء أو إبراء.

وقد تقدم أن الحنفية لايعتبرون دين النفقة قبل فرضها وتقديرها من الديون القوية ولذا فإنهم لايجيزون الكفالة بالنفقة قبل الفرض بقضاء أو تراض. ويتفرع على هذا جواز كفالة النفقة الماضية إذا كانت مقدرة. كما تجوز عندهم كفالة النفقة المستقبلة إذا كانت مفروضة أيضا. وفى حاشية ابن عابدين أنه « لو كفل لها رجل بالنفقة أبداً مادامت الزوجية جاز »، وذكر ابن عابدين مذهب الأحناف فى جواز الكفالة بالنفقة إذا أراد زوجها السفر، فالشرط لصحة الكفالة بالنفقة هو فرضها وتقديرها بحكم الحاكم أو بالاتفاق عليها.

جاء فى المادة (١٧٨) من الأحكام الشرعية أنه : « إذا فرض الحاكم (القاضى) النفقة أو تراضى الزوجان على شئ معين فللمرأة إذا علمت أو خافت غيبة زوجها أن تأخذ عليه كفيلاً جبراً يضمن لها نفقة شهر أو أكثر على قدر المدة التى يمكن أن يغيبها الزوج ».

وفى رأى الجمهور أن الكفالة بالنفقة تصح مطلقا، سواء قبل الفرض أو بعده، بناء على أن النفقة دين صحيح قوى لايسقط إلا بالأداء أو الإبراء. وقد نص الحنابلة على جواز كفالة نفقة الزوجة ماضية أم حاضرة أم

مستقبلة، وهو مذهب الشافعى فى أحد قوليه •

وإذ تعتبر نفقة الزوجة دينا قويا، طبقا لما جاء فى قانون ١٩٢٠، فإن الكفالة بها تصح مطلقا، سواء كانت النفقة عن الماضى أو المستقبل•

نفقة المعتدة:

تجب النفقة للمعتدة فى الأحوال التالية :

١- لاخلاف بين الفقهاء على إيجاب نفقة المعتدة من طلاق رجعى، لاستمرار الزوجية حكما، ولآية سورة الطلاق ﴿ أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ﴾ نص فى إيجاب النفقة للمعتدة من طلاق رجعى •

٢- وتجب النفقة كذلك للمعتدة من فسخ الزواج بسبب من جهة الزوج كالردة عن الإسلام•

٣- وكذا تجب النفقة للمعتدة من فرقة بحكم القاضى إذا قام سبب من الأسباب التى تبيح هذه الفرقة، كالامتناع عن النفقة ووجود عيب مستحكم فى الزوج وغيبته أو سجنه أو للإضرار بالزوجة، طبقا للتفصيلات الواردة فى ذلك•

٤- وتجب النفقة أيضاً للمعتدة الحامل، استدلالا بقوله تعالى ﴿ وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ﴾•

٥- وتجب النفقة للمعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى فى مذهب الأحناف، بناء على العموم الوارد فى قوله تعالى : ﴿ أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ﴾• وهذا هو المعمول به قانونا• ولايوجب الجمهور النفقة للمعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى، لزوال الزوجية بهذا النوع من

الطلاق، فتصير كالمعتدة من وفاة • وقد استدل الجمهور بحديث فاطمة بنت قيس الذي ذكرت فيه أنها طُلِّقت ثلاثاً فلم يجعل لها رسول الله ﷺ نفقة ولا سكنى، ويرفض الأحناف التسليم بصحة هذا الحديث لتعارضه مع قوله تعالى ﴿ أسكنوهن . . . ﴾ ويقتدون في هذا بموقف عمر بن الخطاب وعائشة من هذا الحديث•

ولا تجب النفقة للمعتدة في الأحوال التالية :

١ـ المعتدة من وفاة ما لم تكن حاملاً، لأن النكاح قد زال بالموت• ومع ذلك فقد أوجب المالكية السكنى للمعتدة من وفاة إذا كان المنزل مملوكا للزوج أو مستأجراً وسبق له دفع أجرته •

٢ـ المعتدة من فسخ النكاح الفاسد أو الباطل، إذ القاعدة أنه لا نفقة في نكاح باطل أو فاسد ولا في عدته ، لأن النفقة إنما هي من أحكام عقد النكاح الصحيح، ولذا لا تجب النفقة للمنكوحة في نكاح فاسد أو باطل لا في حالة المعاشرة ولا بعد المفارقة •

٣ـ المعتدة في فسخ النكاح الصحيح بسبب هو معصية وجاء من جهة الزوجة كردتها عن الإسلام •

أقصى مدة للنفقة على المعتدة :

جاءت المادة السابعة عشرة من مرسوم ١٩٢٩ بالنص على أنه : «لا تسمع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق»• وكذا جاء في المادة الثامنة عشرة من هذا القانون النص على أنه : «لايجوز تنفيذ حكم بنفقة صادر بعد العمل بهذا القانون لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق،

ولا يجوز تنفيذ حكم صادر قبل العمل بهذا القانون لمدة بعد صدوره إلا بمقدار ما يكمل سنة من تاريخ الطلاق».

ولفهم الحكم بالمنع من سماع الدعوى بنفقة عدة لمدة تزيد على السنة من تاريخ الطلاق تلزم الإشارة إلى الأسس التالية التي قام عليها هذا الحكم:

- في المذهب الحنفي : الراجح في هذا المذهب أن المطلقة الرجعية (والمطلقة طلاقاً بائناً) تستحق النفقة مدة عدتها المقدرة بثلاث دورات شهرية والتي لا يعرف انقضاؤها إلا بإقرار المرأة، وقد أخذ المذهب الحنفي بأن المرأة التي تعتد بالدورات الشهرية الثلاث إذا أقرت بمجيء الدورة لها مرة واحدة أو مرتين بعد الطلاق فإنها تستمر في هذه العدة حتى تتم لها الدورات الثلاث أو تبلغ سن اليأس المقدر بخمسة وخمسين عاماً، بحيث تقضي ثلاثة أشهر أخرى بعد بلوغ هذا السن ، ونتيجة لذلك استطاعت بعض المطلقات تطويل أمد العدة وأخذ نفقة لمدة طويلة بدون حق بمجرد ادعائهن عدم استكمال الدورات الشهرية الثلاث.
- في قانون ١٩٢٠ : جاء في المادة الثالثة أولى محاولات التصدي لمشكلة تطويل بعض المطلقات أمد عدتهن بادعاء عدم استكمال الدورات المذكورة. وقد تضمنت هذه المادة النص على تقييد مدة العدة في حق المطلقة التي تأخر حيضها ولم تكن مرضعة بثلاث سنوات، أما إن كانت مرضعة فتحسب لها مدة الثلاث سنوات من تاريخ انتهاء مدة الرضاعة، وهي عامان.

وقد ترتب على الأخذ بذلك وقوع الظلم للأزواج كثيراً، حيث كانت

تستطيع المطلقة ـ طبقاً لما جاء في المذكرة التوضيحية لمرسوم ١٩٢٩ ـ أن تأخذ نفقة عدة طويلة «بدون حق، فإنها إذا كانت مرضعة قد تدعي أن الحيض لم يأتها طوال مدة الرضاعة ـ وهي سنتان ـ ثم تدعي بعد ذلك أنه لا يأتيها إلا مرة واحدة كل سنة، وقولها مقبول في ذلك، وتتوصل إلى أن تأخذ نفقة عدة مدة خمس سنين، وإذا كانت غير مرضع قد تدعي أن الحيض يأتيها مرة واحدة في كل سنة فتتوصل إلى أن تأخذ نفقة عدة مدة ثلاث سنين»٠

- في قانون ١٩٢٩ : جاء قانون ١٩٢٩ بالنص في مادتيه المذكورتين (١٧-١٨) على أنه لا تسمع دعوى النفقة لمعتدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق، وذلك للمنع من هذه التحايلات وأخذ مال الزوج بدون حق٠

وكان قانون الأسرة العثماني الصادر عام ١٩١٧ قد أخذ بالحكم المالكي القاضي بأن عدة مثل هذه المطلقة التي تدعي تأخر حيضها تنقضي باحتساب مدة الحمل العادية وهي تسعة أشهر مضافاً إليها ثلاثة أشهر أخرى، هي عدة المطلقة الآيسة من الحيض٠ وقد انتهت مشكلة تطويل مدة العدة على نحو غير معقول ولا مقبول بعد أخذ قانون ١٩٢٩ بالمنع من سماع دعوى النفقة للمعتدة عن الفترة التي تزيد عن عام من تاريخ الطلاق٠

ولا يعني منع سماع الدعوى بنفقة عدة فوق المدة المذكورة الحكم بانقضاء العدة بمضي هذه المدة، ولا أن المعتدة لا تستحق نفقة وإن طالت العدة إلى ما بعد هذه المدة ، ولكنه مجرد نهي للقضاء عن سماع هذه الدعوى من منطلق حق ولي الأمر في المنع من سماع بعض الدعاوي التي يشيع فيها التزيد والكذب والتحيل للاستيلاء على ما ليس بحق٠

ويشبه ذلك حق ولي الأمر في المنع من سماع الدعوى بعد مضي خمس عشرة سنة فإنه لا يدل على سقوط الحق المدعى بتقادم الزمان ومروره ، ولذا قضت محكمة بني سويف في ٣/ ٥/ ١٩٣٤ بأنه لا حق للزوج الذي كان قد دفع نفقة مطلقته لمدة تزيد على العام في المطالبة باسترداد ما دفع من نفقة عما زاد عن هذه المدة ، لأن المطلقة «قد قبضت ما قبضته على أنه نفقة مستحقة لها ، لأنها في العدة ، ويكون المدعي (المطلق) قد أقبضها هذا المبلغ على هذا الاعتبار ، ولا يفيده أن ذلك كان بطريق الحجز فقد كان في متناوله بحكم القانون أن يستشكل في التنفيذ وأن يرفع الأمر إلى القضاء ليقف تنفيذ حكم النفقة فيما زاد عن سنة من تاريخ الطلاق طبقاً لنص المادة ١٧ من القانون المذكور . أما ولم يفعل ذلك وقد استولت المدعي عليها على حقها في النفقة فلا وجه لاستردادها» .

د - المادة ١٨ ومنع التنفيذ : تمنع هذه المادة الحكم على المطلق بتنفيذ نفقة ما زاد عن سنة من تاريخ الطلاق ، ومعناه أنها إذا كانت طلقت في أول رمضان وصدر لها حكم بالنفقة في شوال مشاهرة فإنها تنفذ عليه حكم النفقة إلى رمضان التالي ، ولا تستطيع تنفيذ هذا الحكم بعد ذلك بمقتضى ما جاء في هذه المادة ، وإنما مست الحاجة إلى وضع هذا الحكم المكمل لما جاء في المادة السابعة عشرة لأن أحكام النفقات تصدر بتقدير النفقة الواجبة بدون تحديد مدة ، فوجب قصر الحق في تنفيذ الحكم على سنة واحدة لتحقيق الأهداف التي أرادها المقنن من المادة السابعة عشرة ، وهي منع التلاعب والتحايل وأخذ نفقة عدة لفترة طويلة دون حق وعلى خلاف المألوف الشائع .

الفصل التاسع

الحقوق غير المالية للزوجين والطاعة

الفصل التاسع

الحقوق غير المالية للزوجين والطاعة

تقديم :

رتب الشرع على الزواج كثيرا من الحقوق المالية اللازمة لإقامة الحياة الزوجية على أساس من التعاون ، وقد سبق التعرض بشيء من التفصيل لأحكام هذه الحقوق المالية التي تتعلق بالمهر والنفقة وأمتعة الزوجة وأشيائها الخاصة• كذلك فإن الشارع قد رتب على الزواج كثيرا من الحقوق غير المالية تتجلى بالنسبة للزوجة فى حسن معاملة الزوج لها وعدم الإضرار بها والعدل عند التعدد، كما تتجلى بالنسبة للزوج فى القوامة وولاية التأديب• ويشترك الزوجان في عدد من الحقوق من بينها حل العشرة الزوجية وثبوت التوارث بينهما والنسب والتعاون في تربية الأولاد والإشراف عليهم وحرمة المصاهرة وحسن المعاشرة• وفيما يلي بيان كل من هذه الحقوق بما يضبطها•

أولا : حقق الزوجة في حسن المعاملة

يجب على الزوج أن يعامل زوجته بالمعروف، إذ الواجب على الزوج طبقا لما تكرر الأمر به فى القرآن الكريم هو الإمساك بالمعروف أو المفارقة بالإحسان٠ وكان النبى ﷺ يقول : خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي٠ وقد روى أنه * كان يقول في مناسبات عديدة : « استوصوا بالنساء خيرا »٠ وقد تفرع عن هذا المبدأ العام القاضي بحسن معاملة الزوجة طبقا لما أوضحه الغزالي الأمور التالية .

١ـ كف الأذى عن الزوجة والتلطف معها في القول والفعل٠ وهو المستفاد من وصاة النبي \ بالنساء خيرا٠ وقد نهى الرسول [عن إيذاء الرجل زوجته وتقبيحها أو إهانتها٠

٢ـ احتمال الأذى منها والصبر على مابدر منها مما ليس فيه انتهاك لحرمات الله عز وجل٠ يقول الإمام الغزالي : « اعلم أنه ليس حسن الخلق معها كف الأذى عنها، بل احتمال الأذي منها والحلم عند طيشها وغضبها اقتداء برسول الله ﷺ ، فقد كانت أزواجه تراجعنه الكلام وتهجره الواحدة منهن يوما إلى الليل٠ وراجعت امرأة عمر رضي الله عنه في الكلام، فقال : أتراجعينني ؟ فقالت إن أزواج النبي ﷺ يراجعنه، وهو خير منك٠ فقال عمر: خابت حفصة وخسرت إن راجته٠ ثم قال لحفصة : لاتغتري بابنة أبي قحافة فإنها حب رسول الله ﷺ، ووفها من المراجعة»٠

٣ـ التأنيس في المحادثة والمزح والمداعبة والجود والإهداء، ففي ذلك مايشرح الصدور ويطيب القلوب٠ وقد كان رسول الله * يمزح مع زوجاته وينزل

إلي درجة عقولهن في الأعمال، ففي حديث عائشة أن رسول الله ﷺ كان يقف معها تشاهد لعب الأحباش. وقال رسول الله ﷺ : « أكمل المؤمنين إيمانا أحسنهم خلقا وألطفهم بأهله »، ولايصرفه هذا عن النصح لها بموجب مسئوليته عنها إن رأى فى سلوكها أو قولهاماينكره.

٤ـ الاعتدال في الغيرة : ومناه ألا يتغافل عن مبادئ الأمور التي تخشى نتائجها، ولكن لايبالغ في إساءة الظن والتعنت وتجسس البواطن كما يعبر الإمام الغزالي. وأصل الغيرة مطلوب، ففي الحديث عن النبي ﷺ: « أتعجبون من غيرة سعد ؟ أنا والله أغير منه ». ولكن المنهي عنه منها هو المبالغة فيها، فقد روي أن من الغيرة مايحبه الله عز وجل، ومنها مايبغضه الله. فأما الغيرة التي يحبها الله فالغيرة في الريبة، وأما الغيرة التي يبغضها الله عز وجل فهي التي تكون في غير ريبة. وقد نهى الرسول ﷺ عن تتبع عورات النساء. كما نهى عن مفاجأة الزوج زوجته ومباغتتها على غرة وتلمس عثراتها، فعن جابر بن عبدالله قال : « كان النبى ﷺ يكره أن يأتي الرجل أهله طروقا »، أى مفاجئا، وروى جابر كذلك أنه كان مع النبي ﷺ في غزوة، فلما قارب المدينة تعجل بعض الناس دخولها، فقال ﷺ : امهلوا حتى تدخلوا ليلا، لكي تمتشط الشعثة وتستحد المغيبة » أى تستعد لاستقبال زوجها.

٥ـ العدل بين النساء لمن عدد زوجاته : فقد أباح الله التعدد كما تقدم، ولكن يجب علي من أراد الجمع في عصمته بين أكثر من واحدة أن يتحرى في نفسه القدرة علي العدل بين زوجاته، فان خاف ألا يعدل وجب عيه الاكتفاء بواحدة خشية الوقوع في الظلم، لأن هذا الاكتفاء هو الأقرب للعدل كما بينته آية النساء.

ثانيا : حقق الزوج في معاونة الزوجة له

النصوص :

١ـ عن أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنه قالت : « تزوجني الزبير وما له في الأرض من مال ولامملوك ولاشيء غير ناضح وغير فرسه، فكنت أعلف فرسه وأستقي الماء وأخرز غربه وأعجن ولم أكن أحسن أخبز، وكان يخبز لي جارات من الأنصار وكن نسوة صدق. وكنت أنقل النوى من أرض الزبير.. علي رأسي ».

٢ـ روى البخاري عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن فاطمة أتت النبي ﷺ تشكو إليه ماتلقى في يدها من الرحى، وبلغها أنه جاءه رقيق فلم تصادفه، فذكرت ذلك لعائشة، فلما جاء أخبرته عائشة. قال : فجاء وقد أخذنا مضاجعنا، فذهبنا نقوم، فقال : على مكانكما، فجاء فقعد بيني وبينها، حتى وجدت برد قدميه على بطني، فقال : ألا أدلكما على خير مما سألتما ؟ إذا أخذتما مضاجعكما أو أويتما إلي فراشكما فسبحا ثلاثا وثلاثين واحمدا ثلاثا وثلاثين وكبرا أربعا وثلاثين فهو خير لكما من خادم ».

المعنى :

ذكرت أسماء بنت أبي بكر ماكانت تقوم به من عمل داخل بيتها وخارجه، كعلف فرس زوجها، وإحضار الماء وإصلاح الدلو، والعجن والخبز مستعينة ببعض جاراتها، وحمل بعض الأشياء من الحقل على

رأسها، وما إلي ذلك. وقد ذكرت فاطمة بنت النبي ﷺ ماكانت تلقاه من مشقة في طحن الحب بالرحى، وذهبت إلى أبيها تطلب منه أن يعينها بإرسال خادم إليها لما علمت مجئ بعض الرقيق عنده فلم تجده، وأخبرت عائشة زوج النبي ﷺ ماكانت تريده من مجيئها فذهب إليها النبى ﷺ بعد أن كانت تأهبت هي وزوجها للنوم، ولم يكن معه الخادم الذي طلبته، وإنما دلها علي مايريحها ويبعد عنها الإحساس بالتعب والمشقة بأن تذكر الله عز وجل على النحو الذى بان في الحديث.

وفي هذا مايدل على أن عمل الزوجة ومعاونتها لزوجها واجب عليها، لأنه من قبيل التعاون المأمور به في البر والتقوى، وهو كذلك من قبيل مايعين على تقوية أواصر المودة والرحمة بين الزوجين. ولايخفي أن أشكال معاونة المرأة لزوجها يختلف من بيئة لأخري، ولايضبطها إلا حسن تفهم الزوجة مسئوليات زوجها وحفظها لبيته وحسن تدبيرها لمعيشتها في حدود ماهي مختصة به. ولاتجبر الزوجة على القيام بهذه الأعمال، وإنما هو الخلق القويم. ولايستنكف الزوج أن يساعد زوجته في الأعمال المنزلية ورعاية الأولاد والعناية بهم، فذلك ماكان يقوم به النبي ﷺ حدث الأسود بن يزيد فيما رواه البخاري قال : سألت عائشة رضي الله عنها : ماكان النبي يصنع في البيت ؟ قالت : « كان يكون في مهنة أهله، فإذا سمع الأذان خرج». ومعنى كونه في مهنة أهله أنه كان يشاركهم أعمالهم ومايقومون به لايقطعه عن ذلك إلا سماع الأذان للصلاة فيخرج إليها.

وهناك واجبات عديدة على الزوجة لحق الزوج تجانس ماوجب عليه لها. والقاعدة التي جاء بها القرآن هي ﴿ ولهن مثل الذي عليهن

بالمعروف﴾ • والالتزام بهذه الواجبات هو السبيل إلى أن يكون الزواج سكنا ومستقرا ومودة ورحمة للأزواج والزوجات على السواء •

وأنتقل بعد ذلك إلي توضيح واجب طاعة الزوج لزوجته الذي اختم به هذه الدراسة•

ثالثا : الطاعة

النصوص :

- قال تعالى : ﴿ الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلاتبغوا عليهن سبيلا إن الله كان عليا كبيرا ﴾ •

- وقال ﷺ : « ألا إن لكم على نسائكم حقا، ولنسائكم عليكم حقا، فحقكم عليهن ألا يوطئن فرشكم من تكرهون ولا يأذنَّ في بيوتكم لمن تكرهون»•

- وقال ﷺ : « إذا صلت المرأة خمسها وصامت شهرها وحفظت فرجها وأطاعت زوجها دخلت جنة ربها »•

المعنى :

القوامة للزوج بنص الآية المذكورة، وهي تعني مسئوليته عن الزوجة وحقه في الإشراف عليها وولايته لها ورعاية شئونها• وعلى سبيل المقارنة

فإن القانون الفرنسي ينص في المادة (٢٣٨) على أن الزوج رئيس الأسرة. ولاتعني هذه القوامة السيطرة والاستبداد، إذ يتناقض ذلك مع ما أوصي به النبي ﷺ من معاملة النساء بالخير والصبر على مافي أخلاقهن من عوج أحيانا، كما يتناقض هذا الاستبداد المذموم مع ما أمر الله به من اتباع قاعدة المعروف في معاشرة الزوجات.

وإذا كانت القوامة تستلزم المسئولية عن الزوجة ورعايتها فإن على الزوجة في مقابل هذا الواجب أن تطيعه فيما يأمرها به مما لايتناقض مع، أصل المودة والرحمة الذي يضبط علاقتهما. ومن طاعة الزوج كما جاء في الحديث ألا تدخل أحدا بيته إلا بإذنه، كما أن من طاعتها ألا تتعمد إيذاءه وألا تطلب منه ماليس في طاقته، بل عليها أن تقصد إلي إدخال السرور والبهجة إلي نفسه كلما أمكنها ذلك، ولاحق لها لهذا في أن تحد على ميت أكثر من ثلاثة أيام إذا كان زوجها حاضرا، طبقا لما جاء في السنة.

مفهوم طاعة الزوجة:

ومن هذا يتضح أن المقصود بطاعة الزوجة هو التزامها بتنفيذ أحكام الزواج وآثاره، ووفاؤها بحقوق الزوج في كل ماهو من آثار الزواج وأحكامه.

ولا يدخل في الطاعة الواجبة للزوج أن تنقاد له في فعل ما يأمرها به خارج إطار الزواج، كأن يطلب منها احتراف حرفة معينة أو هبة شئ من مالها له أو لغيره، أو التصرف في أموالها على نحو معين كأن تستثمره في مجال يحدده لها.

أما ما تقتضيه الطاعة الواجبة للزوجة فهو القرار في منزل الزوجية، وأن تصونه في شرفه وكرامته. وهذا هو مانصت عليه (المادة ٢١٢) من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، حيث جاء فيها النص على أن: «من الحقوق على المرأة لزوجها أن تكون مطيعة له فيما يأمرها به من حقوق الزوجية، ويكون مباحاً شرعاً، وأن تتقيد بملازمة بيته بعد إيفائه معجل صداقها، ولا تخرج منه إلا بإذنه وأن تكون مبادرة إلى فراشة إذا التمسها ... وأن تصون نفسها وتحافظ على حاله ولا تعطي منه شيئاً لأحد مما لم تجر العادة بإعطائه إلا بإذنه».

ملازمة منزل الزوجية والانتقال إليه:

يلزم الزوجة أن تنتقل لمنزل زوجها بعد الوفاء لها بمعجل صداقها، وعليها أن تتقيد بملازمة بيت الزوجية بعد هذا الوفاء ولاتخرج منه إلا باذنه، طبقا لما جاء فى المادة (٢١٢) من الأحكام الشرعية.

ويجوز للزوجة الخروج من منزل الزوجية بغير إذن زوجها في الأحوال التالية:

١ـ «إذا لم يوف الزوج المرأة ماتعورف تعجيله من مهرها جاز لها الخروج من منزله بلاإذنه ولاتكون بذلك ناشزة ولاتسقط نفقتها»، طبقا لنص المادة (٢١٤) من الأحكام الشرعية.

٢ـ «للمرأة أن تخرج لزيارة والديها في كل أسبوع مرة ولزيارة محارمها في كل سنة مرة. ولاتبيت عند أحد منهم إلا بإذن زوجها..»، طبقا لما جاء في المادة (٢١٥) من الأحكام الشرعية.

٣ـ « إذا كان أبو الزوجة مريضا طويلا فاحتاجها ولم يكن لديه من يقوم بشأنه فعليها الذهاب إليه وتعاهده بقدر احتياجه ولو كان غير مسلم وإن أبى الزوج ذلك »، طبقا لنص المادة (٢١٦) من الأحكام الشرعية.

ولايحق لها الخروج من منزل الزوجية في غير ذلك إلا بإذنه، مالم تكن هناك ضرورة تسوغ هذا الخروج، وإلا اعتبرت خارجة عما وجب عليها من طاعة زوجها بالمعروف ومعاملتها إياه بالحسنى.

وإذا خرجت الزوجة من منزل الزوجية ولم تعد إليه كان من حق الزوج أن يدعوها إلي الرجوع إليه والدخول في طاعته، وعلى الزوجة تستجيب لدعوته لها بالانتقال لمنزل الزوجيه، وإلا فإن من حقه أن يرفع عليها دعوى الطاعة.

دعوى الطاعة :

يشترط لقبول دعوى الطاعة الشروط التالية :

١ـ استيفاء الزوجة عاجل صداقها. فإن كان قد وفى لها بعاجل صداقها إلا درهما واحدا لم تقبل دعوى الطاعة، طبقا لما جاء في حكم محكمة العياط بتاريخ ١٦/ ٩/ ١٩٢٩. لكن إن كان وكيلها قد رضي بتأجيل بعض صداقها لم يكن لها حق في الامتناع من تسليم نفسها، لأن رضا موكلها بالتأجيل يضاف إليها هي، ويتعين عليها الدخول في طاعة زوجها.

٢ـ أن يكون الزوج أمينا على زوجته ومالها إن كان لها مال. أما إن كان غير

أمين على مال الزوجة، كقيامه بغصب جهازها أو تبديده، فإن هذا يدل على سوء طويته وأنه لايتحرج عن الإضرار بها فلاتقبل دعواه لإجبارها على الدخول في طاعته. وقد جاء في حكم شرعي مستأنف لمحكمة سنورس بتاريخ ٢٤/ ٨/ ١٩٢٢ أن تهريب الزوج جهاز زوجته يدل على عدم أمانته على مالها، لاسيما إذا ادعي وقت ضبط جهازها أنه ملك لغيرها، وهو دليل على عدم تحرجه عن الإضرار بها فلايكون أمينا عليها. ويجب الالتفات إلي أن الحكم بعدم أمانة الزوج مرده إلى السلطة التقديرية للقاضي، ولذا لايجوز إلحاق مثل هذا الوصف بالزوج من تصرف واحد منعزل عن السياقات التي وقع فيها هذا التصرف. وعلى القاضي أن ينظر في تصرفات الزوج ودلالاتها المختلفة على احتمالات إضراره بالزوجة والخوف عليها من انفراده بها. فإن دلت تصرفات الزوج على غلبة احتمالات الخطر على الزوجة حكم القاضي بعدم قبول دعوى الطاعة وإن قلت هذه الاحتمالات قبل القاضي هذه الدعوى. لذلك فإنه إذا أخذ ثيابها في مقابل ماأخذت من ماله. أو لإرغامها على العودة لمنزل الزوجية، لم يقدح مثل هذا التصرف في أمانته ولم يحكم برفض دعواه في الطاعة.

وقد دررت محكمة النقض في ٢٤/ ٦/ ١٩٨٦ هذا المعنى، حيث ورد في حكمها في الطعن رقم ١١٦ لسنة ٥٥ق أحوال شخصية أنه يكون الزوج أميناً على نفس الزوجة ومالها؛ فلا طاعة له عليها إن لها بدون وجه حق. وقد قضت محكمة استئناف الاسكندرية عام علاقات محرمة مما ينفي أمانته عليها ولا يوجب له الطاعة عليها.

ولو منع عن زوجته الطعام والشراب وحبسها على نحو من شأنه أن

يَضُرُّبها نفسيا أو بدنيا لم يكن أمينا عليها، وللقاضي أن يعزره بما يراه مناسبا، وأن يمنع دخول الزوجة في الطاعة زمانا ما لمنعه من مثل هذا الفعل• ولو ضرب زوجته ضربا مبرحا أثر فيها وحكم عليه فى هذه الواقعة بالغرامة كان غير أمين عليها فلاتلزم بطاعته، إذا مثل هذا الضرب خطرا عليها•

«لئن كانت الطاعة حقاً للزوج على زوجته إلا أن ذلك مشروط بأن هو تعمد مضاورتها بأن أساء إليها بالقول أو الفعل، أو استولى على مال ١٩٩٢ أن تشهير الزوج بزوجته ووصفها للغير بالسوء والخيانة وإقامة ويسنبفي أمانته عليها أن يرغمها على مقابلة من يأتي بهم إلى منزلة»

أما لو ضربها ضربا غير فاحش فيعزره القاضي ويقضي بعقوبته زجرا له عن ضربها، ولكن لايعد غير أمين عليها ولايمنعها ذلك من الدخول في طاعته• ولو صدر حكم بالغرامة على مثل هذا الضرب الغير الفاحش لم يمتنع حقه في طلب الطاعة منها•

٣- إعداد الزوج المسكن الشرعي المناسب لحياتهما الزوجية مع تهيئته بالأدوات اللازمة لما يليق بهما من فرش وأثاث وأوان وما إلي ذلك مما يأتي تفصيله عند الحديث عن مسكن الطاعة•

٤- ألا يؤدي دخول الزوجة في طاعة زوجها إلي الإضرار بها، سواء قصد الزوج إليه أو لم يقصد• ومن الأحكام الطريفة في هذا الشأن ماقضت به محكمة الضواحي في ١٦/ ٣/ ١٩٣٨ من أنه لايصح الحكم على الزوجة بالطاعة لزوجها متى ثبت أنهما مصابان بالزهري، لما يترتب على الجمع بينهما من نتائج خطيرة وآثار سيئة في حياتهما وفي نسل المجتمع، ولأن

الشريعة الإسلامية لاتبيح هذا الضرر ولاتقره، بل توجب العمل على تلافي أسبابه وزوال مقتضياته، إذ النكاح لم يشرع إلا ليكون وسيلة إلي معاشرة صالحة قوامها المودة والرحمة ،مفضية إلي نسل صالح للبقاء ونافع للمجتمع في غير ماضرر ولاضرار.

ومن هذا الجنس الحكم بعدم وجوب الطاعة على الزوجة المريضة فاقدة الإرادة المحجور عليها إذا تبين للقاضي أن الزوج لم يقصد من دعوى الطاعة إلا مضارة المدعى عليها ليتخلص من النفقة المفروضة لها عليه فقط. وقد يتأكد للقاضي هذا القصد من رضا الزوج على سبيل المثال بتأجيل قضية الطاعة للتفاوض على الصلح بإسقاط هذه الدعوى في مقابل إبرائه عن متجمد النفقة الواجبة عليه. وإذا بان للقاضي أن الزوج لايرمي إلي تحقيق مقاصد الزواج، ولايسعى إلي طلب الطاعة للحرص على العلاقة الزوجية فإنه لايجاب إلي طلبه ولايعان عليه ولايحكم له بالطاعة.

٥- امتناع الزوجة عن الدخول في طاعة زوجها بغير مسوغ شرعي، إذ لاتقبل دعوى الطاعة إذا أثبتت الزوجة ملازمتها لمنزل الزوجيه أو كان هناك مسوغ شرعي لتركها منزل الزوجية لبعض الوقت، كأن يكون لزيارة والدها المريض مرضا طويلا أو لامتناع الزوج عن الوفاء بمعجل صداقها.

ولو امتنعت عن الانتقال مع زوجها من البلد الذي سبقت إقامتها فيه إلي بلد آخر دون مسافة القصر كان هذا امتناعا بغير مسوغ شرعي، ويجاب إلي طلبه في دعوى الطاعة. وتتجه بعض الأحكام الحديثة إلي عدم تطبيق معيار «مسافة القصر» في أيامنا هذه لتسويغ الامتناع عن الانتقال إلي مايزيد

عن مسافة القصر، وذلك نظرا لسهولة المواصلات وسرعتها• ولايجوز لها طبقا لذلك أن تمتنع عن الانتقال مع زوجها إلي بلد آخر، وإن زاد عن مسافة القصر• إذا كان الطريق آمنا• وليس لها أن تمتنع عن متابعة زوجها والانتقال معه إذا كان الزوج ممن يكتسبون بعملهم، لأن كسبه ليس مقصورا على مكان واحد أو عمل واحد، وإلا وقع الأزواج في الحرج•

طلب الطاعة في بلد آخر:

الطاعة حق الزوج شريطة أمانته وتهيئته المسكن الشرعي المناسب* ووضوح قصده إلى استدامة الحياة الزوجية وعدم مضارة الزوجة• وتجبر على الرجوع إليه في مسكن الزوجيه الذي سبقت لها الإقامة فيه، وعلى الانتقال مع الزوج إلى بلد آخر دون مسافة القصر• أما مازاد على ذلك ففيه أقوال كثيرة، منها أنه لاحق للزوج في السفر بها إلي بلد غير بلدها، وقيل بأنه له ذلك• ويفرق بعض الفقهاء بين حالتين، أولاها : أن يكون تزوجها في وطنها (ووطن المرأة الذي فيه عشيرتها وقومها) وطلب بعد ذلك نقلها إلي بلد آخر، ولايجاب إلي مثل هذا الطلب ويحكم لها بمنع وجوب الطاعة عليها• والثاني أن يتزوجها في بلد غير بلد أهلها وعشيرتها فلايحكم له بالمنع، ويجاب إلي طلبه بدخولها في طاعته إلي أن يحكم القاضى بالتفريق بينهما، وتجبر الزوجة على الطاعة اذا تبين للمحكمة أنها رفعت دعوى التفريق بعد رفع الزوج دعوى الطاعة عليها لحمله على التنازل عن دعواه• ولو كان يسئ عشرتها بضربها ضربا غير مبرح عزره القاضى بما يراه، ولم يمنع دخولها فى طاعته لبعض الوقت، لأن هذا لا يمنع حقه فى الطاعة•

أما إذا أساء عشرتها إلى الحد الذى يستوجب التفريق بينهما فإن هذا يجعله غير أمين عليها ولاتجب له الطاعة•

مسكن الطاعة :

المقصود ببيت الطاعة هو أن تكون الزوجة فى محل تأمن فيه على نفسها ومالها وتستطيع الاستمتاع فيه بزوجها• ولذا يشترط فى هذا المسكن لوجوب الطاعة على الزوجة الشروط التالية :

١- ملاءمته لحال الزوج، يسارا وإعسارا، لأن السكن من مشتملات النفقة الواجبة لها والمقدرة بحسب حاله طبقا لما أخذ به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فيما سبقت الإشارة إليه• ولذا فإنه إذا كان السكن غير مناسب لحاله من اليسار والإعسار لم تجب عليها طاعته فيه• وفى أحد الأحكام القضائية التنبيه إلي أن العمل فى تقدير مسكن الزوجية كان بمراعاة مجموع حال الزوجين معا، طبقا للراجح فى المذهب الحنفى، واستمر ذلك إلى صدور قانون ١٩٢٩ الذى أوجب مراعاة حال الزوج وحده فى تقدير النفقة، ومنها السكن، فلايجب على الزوج سوى مايطيقه وإعداد مسكن مناسب لحاله هو منذ هذا التاريخ• ولايجب عليه إن كان فقيرا سوى إعداد مسكن مناسب لحاله من الفقر متى كان مستوفيا للشرائط الشرعية•

٣- إمكان غلقه لتأمن فيه على نفسها ومالها فيما نص عليه الفقهاء وبدهي أن الخصوصية فى المسكن لاتتحقق إلا بهذا•

٤- استقلالها به، فلاتجبر على طاعته لو أراد أن يسكنها مع ضرتها أو أحمائها • وقد جاء فى البدائع أنه لو أراد الزوج أن يسكنها مع ضرتها أو مع أحمائها كأم الزوج وأخته وبنته من غيرها وأقاربه فأبت ذلك وجب عليه أن يسكنها فى منزل منفرد لأنهن ربما يؤذينها ويضرنَّ بها فى

المساكنة، ، وإباؤها دليل الأذى .

ولو كان المنزل مكونا من غرفتين ومناسبا لحال الزوج وأراد أن يسكن معها بنته من غيرها فإن له ذلك ولاحق للزوجة فى الامتناع عن الدخول فى طاعته، وذلك لأن لها أن تستقل بغرفة واحدة من المنزل. وقد نص فقهاء الأحناف على أنه يكفيها بيت له غلق من دار، سواء كان فى الدار ضرتها أو أحماؤها، شريطة أن يكون ذلك هو المناسب لحال الزوج وألا يكون من معها من الضرة والأحماء مؤذيا لها.

٤- اشتمال المسكن على مايلائم حال الزوج من الأدوات اللازمة للإقامة فيه من أثاث وفرش وغطاء. وقد نص الفقهاء على وجوب قيام الزوج بتوفير سائر أدوات البيت من فرش وآنية بحسب العرف وقدرة الزوج المالية، ولاتكون الزوجة ناشزاً بامتناعها عن الدخول فى طاعة زوجها إذا لم تتوافر بالمسكن هذه الأدوات. ولايقضى بالحكم بالطاعة مع ثبوت عدم صلاحية المسكن لنقص أدواته. ولايلزم اشتمال المسكن على الأدوات جميعها، ويكفى احتواؤه على الأشياء الأساسية التى تصعب الإقامة فيه بدونها، فى حدود قدرة الزوج المالية، ويحكم باستكمال مايلزم إذا استوفيت الأشياء الأساسية، ويحكم بنقص الأدوات وعدم صلاحية المسكن للطاعة إن لم يشتمل على هذه الأدوات الأساسية.

ولا يكفى إبداء الزوج استعداده لشراء الأدوات اللازمة لمسكن الطاعة متى حكم له على زوجته بدخولها في طاعته أو عند حضورها إلي المسكن، وإنما يلزم وجود الأدوات والمفروشات في المسكن بالفعل قبل صدور الحكم بالطاعة لصالحه. ولو حجز على هذه الأدوات أو المفروشات وأقر الزوج

بأنها مملوكة لغيره لم يحكم بالطاعة فى هذا المسكن.

وإنما تقدر أدوات مسكن الطاعة بحسب حالة الزوج يسارا أو إعسارا فيما قضى به، لأن السكنى من النفقة ومسكن الغني ليس كمسكن الفقيز أو ميسور الحال.

٥- اشتمال المسكن على المرافق اللازمة كالمطبخ ودورة المياه. والمرجع في استقلال الزوجة بهذه المرافق أو اشتراكها فيها إلى عادة الفئة الاجتماعية التى ينتمي اليها الزوج ، فإن كان الزوج من الفقراء اكتفي بما تندفع به الحاجة في ذلك، وإن كان من طبقة الأغنياء أو متوسطي الحال الذين لايسكنون إلا في منازل توجد بها مرافق داخلها على وجه الاستقلال لزمه أن يعد مسكنا بهذا المستوى.

٦- اتصال المسكن بجيران صالحين وأقوام خيرين حتى لاتأخذ الزوجة فيه وحشة. جاء فى البحر الرائق أن للزوج أن يسكن زوجته حيث أحب، ولكن بين جيران صالحين. وفى حاشية ابن عابدين أنه قد علم من كلام الفقهاء أن البيت الذى ليس له جيران ليس بمسكن شرعى.

ومن هذا يتضح أن مسكن الطاعة الذى أقيم وحده ولم يتصل بجيران خيرين يعد مسكنا غير شرعي، لاتجبر الزوجة على طاعة زوجها فيه، وخاصة مع وجود النزاع والخلاف بينهما. والقصد من اشتراط هذا الشرط أن تجد الزوجة من تستغيث به ويشهد لها لدى القاضى إذا أراد الزوج الذى أجبرها على طاعته أن يؤذيها، ولذا مال الفقهاء إلى اشتراط مجاورة مسكن الطاعة لأقوام أخيار يبلغون صنيع الزوج إلي القاضى إذا طلب منهم ذلك. ولايشترط إحاطة الجيران بمسكن الطاعة من كل الجهات، بل يكفى اتصاله

بالجيران الطيبين ولو من جانب واحد، لأن الحكمة وهى إمكان اغاثتها إذا استغاثت تتحقق بهذا.

وقد قضى بعدم إجبار الزوجة على الدخول فى طاعة زوجها بعد ماثبت أن المسكن الذى قامه لها ليس سوى حجرة فى حوش قرافة (مدفن) وليس له جيران من الأحياء. ولايحتج لإجبارها على الطاعة فى مثل هذا المكان بأزمة المساكن وعجز الزوج عن تدبير مسكن آخر، لأنه لايغيب عن البال ظروف طلب الزوجة للطاعة، وقصد بعض الأزواج من هذا الطلب إلى إعنات الزوجة وإرهاقها والإضرار بها بإنزالها منزلاً لاتجد فيه غير الضيق والوحشة والأذى، ولذا مال الفقهاء إلي اتخاذ الوسائل الكفيلة بمراقبة الزوج فى استعمال حقه فى إلزام الزوجة بطاعته مثلما عمد الفقهاء إلي مراقبة الزوجة فى استعمال حقها فى طلب النفقة، بحيث لاتستطيع إلزام الزوج بنفقتها إلا إذا توافرت شروط وجوبها عليه، ولايلزمها طاعته إلا فى منزل قد استوفى شرائطه الشرعية، ولاتجد فيه الزوجة وحشة ولاتتضايق بعزلتها عن الناس، ولاينفرد الزوج بها إذا حدثته نفسه أن يؤذيها.

٧- مناسبة مسكن الطاعة لمسكن الزوجية الذى كانت تقيم فيه الزوجة مع زوجها قبل حدوث الخلاف بينهما. وقد قضى بأن اختيار الزوج مسكنا غير الذى كانت تعاشره فيها الزوجة قبل امتناعها عن طاعته دليل على المضارة بالزوجة إذا لم يكن المسكن الذى اختاره الزوج ملائماً لحالها، ويجب لهذا رفض دعوى الطاعة والاستناد فى رفض دعوى الطاعة فى هذا الحكم المقضى به إلى مجموع الأمور التالية :

١ـ اختلاف المسكن المعد للطاعة عن مسكن الزوجية؛

٢ـ عدم تقديم الزوج مسوغاً تقتنع به المحكمة لبيان أسباب انتقاله من منزل الزوجية إلي مسكن الطاعة. أما لو استطاع تقديم مسوغ لهذا الانتقال.فإن هذا لايمنع من شرعية السكن.

وعلى سبيل التوضيح فإن الموظف مضطر إلى تغيير مسكنه تبعا لمحل وظيفته، ولايمنع انتقاله من مسكن الزوجية إلى مسكن آخر الحكم له بالطاعة، مالم يكن قصده إلى إضرارها من هذا الانتقال. ويعرف هذا القصد من الملابسات التى ترجع إلى تقدير المحكمة.

٣ـ أن يقل مستوى المسكن المعد للطاعة عن مستوى مسكن الزوجية، لأن هذا يدل على قصد الزوج إلى المضارة.

ويلزم عند تغيير المسكن المعد للطاعة أثناء سير الدعوى أن يبلغ الزوج زوجته بهذا التغيير، وأن يعلنها به، ولذا لو صدر الحكم الابتدائى بالطاعة فى مسكن معين، واستأنفت الزوجة الحكم، فقام بتغيير المسكن دون إعلان الزوجة بالطرق القانونية، وصدر حكم الاستئناف بالطاعة فى المسكن الآخر، فإن هذا الحكم غير صحيح ويتعين إلغاؤه، لأنه مؤسس على إجراءات غير صحيحة.

الجبر على الطاعة:

إذا صدر الحكم على الزوجة بالطاعة، لاستجماع شروط وجوبها، فإن عليها أن تنتقل إلى المنزل المعد لذلك، لأن الطاعة واجبة عليها بمقتضى موافقتها على الزواج. أما إذا لم تمتثل ودياً لهذا الحكم فإن للزوج أن يجبرها

عليه، طبقا لما جاء فى المادة رقم ٣٤٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة عام ١٩٣١• ونص هذه المادة : « تنفيذ الحكم بالطاعة •• يكون قهراً ولو أدى إلى استعمال القوة ودخول المنازل• ويتبع رجال التنفيذ فى هذه الحالة التعليمات التى تعطى من القاضى الجزئى أو رئيس المحكمة الشرعية الكائن بدائرتها المحل الذى يحصل فيه التنفيذ»•

وتقضى هذه اللائحة كذلك بأنه إذا صدر حكم الطاعة ونفذته الزوجة جبراً عنها، ثم تركت منزل الزوجية بعد ذلك فإن للزوج الحق فى طلب معاودة تنفيذ الحكم بالطاعة على الزوجة، ويستمر حقه فى ذلك مادامت الزوجية قائمة• وقد جاء النص على ذلك فى المادة ٣٤٦ من هذه اللائحة ولفظها : « يعاد تنفيذ الحكم بطاعة الزوجة مادامت زوجة ... »•

وأحكام هاتين المادتين ماتزال قائمة، إذ لم تلغهما نصوص قانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥• ويترتب على ذلك استمرار حق الزوج فى إجبار زوجته على الانتقال للمنزل المعد لها عن طريق جهات الإدارة المسئولة عن تنفيذ الأحكام القضائية•

ويشبه حق الزوج فى إجبار زوجته على الدخول فى طاعته حقها فى إجباره على أداء حقها فى النفقة بالتنفيذ الجبرى عليه• ومع ذلك فيلاحظ كثير من المحدثين أنه لايوجد فى نصوص الشريعة الإسلامية مايدل على إعطاء الزوج حق التنفيذ الجبرى لإلزام الزوجة بالدخول فى طاعة زوجها، ولم يرد فى أقوال الفقهاء كذلك مايدل على جواز تنفيذ حكم الطاعة بالقوة الجبرية• وقد كثرت النداءات المطالبة بمنع تنفيذ حكم الطاعة بالقوة استنادا إلى أن تنفيذ الحكم بهذا الطريق يتنافى مع مابنى عليه الزواج من الوئام

وبالتعاطف، وأنه يتناقض مع استدامة مقصود الحياة الزوجية.

وأدت هذه النداءات المتتالية إلى عدد من النتائج، من أهمها :

١ـ النص فى مشروع الأحوال الشخصية الأخير على أنه « لايجوز بحال من الأحوال تنفيذ الحكم بالطاعة عن طريق رجال الشرطة »، طبقا لما جاء فى الفقرة الأولى من المادة ٨٤ من هذا المشروع الذى لم يجر وضعه موضع التطبيق بعد.

٢ـ إصدار وزير العدل قراره بإلغاء تنفيذ حكم الطاعة عن طريق الشرطة والاكتفاء بأن يؤشر على الصورة التنفيذية للحكم بما يفيد حث الزوجة على تنفيذ حكم الطاعة وتبصيرها بعاقبة امتناعها عن هذا التنفيذ من سقوط نفقتها مدة امتناعها واعتبارها ناشزاً .

ويستند وزير العدل فى قراره هذا إلى الحق المخول له بمقتضى المادة رقم ٣٨١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى تنص على مسئولية وزير الحقانية عن اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لتنفيذ هذه اللائحة والضوابط التى تجب مراعاتها فى تنفيذ أحكام المحاكم الشرعية ».

ومع ذلك فإن حق وزير الحقانية فى وضع ضوابط تخالف نصوص اللائحة ذاتها محل تساؤل وتجر صعوبات عديدة. ويجب لهذا العمل على وضع نص قانونى ملزم يلغى ماقضت به المادتان ٣٤٥ و ٣٤٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بشأن التنفيذ الجبرى للطاعة.

٣ـ الاتجاه إلى زيادة الاعتماد فى ترغيب الزوجة فى التنفيذ الودي لحكم الطاعة وتبسيط إجراءات الحكم بالنشوز الذى يترتب عليه عمل هذا

الأسلوب، وذلك فيما أخذ به قانون رقم ٤٤ لسنة (٧٩) المعدل بقانون رقم ١٠٠ لسنه ١٩٨٥ • إذ جاء فى المادة السادسة مكرراً ثانياً أنه :

« إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقة الزوجية من تاريخ الامتناع •

« وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة على يد محضر وعليه أن يبين فى هذا الإعلان المسكن•

« وللزوجة الاعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائية فى خلال عشرة أيام من تاريخ هذا الإعلان• وعليها أن تبين فى صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التى تستند إليها فى امتناعها عن طاعته وإلا حكم لها بعدم قبول اعتراضها•

ويتمثل أثر هذه المادة فى اختصار إجراءات الحكم بالنشوز المترتب عليه منع نفقة الزوجة فترة امتناعها عن الطاعة• ذلك أنه كانت تثور النزاعات فيقيم الزوج دعوى الطاعة، وبعد صدور الحكم بها وإعلان الزوجة تعارض فيه، وإذا حكم برفض المعارضة تستأنفه، ولايحكم بوقف النفقة إلا بعد أن يصير الحكم بالطاعة نهائيا وتتهرب الزوجة من تنفيذه بدون مسوغ شرعى ، فجاءت هذه المادة بما يؤدى إلى اختصار هذه الإجراءات وأوجبت الحكم بوقف نفقة الزوجة بمجرد دعوة الزوج زوجته إلى الدخول فى طاعته فى مسكن الزوجية، وذلك بإعلان مستوف لكافة البيانات القانونية، طبقا لما جاء فى المادة التاسعة من قانون المرافعات، شريطة تقديم هذا الإعلان على يد محضر، وأن يشتمل هذا الإعلان على بيان المسكن الذى يدعوها الزوج للقرار فيه، فإذا لم تستجب الزوجة لهذا الطب حكم

بوقف نفقتها من تاريخ امتناعها.

ويدل على مافى هذه المادة من اتجاه إلى عدم الاعتماد على أسلوب التنفيذ الجبرى للحكم بطاعة الزوجة اشتمال هذه المادة على النص على واجب المحكمة عند نظر اعتراض الزوجة على الدخول فى طاعة زوجها، بمبادرة من هذه المحكمة أو بناء على طلب أحد الزوجين. أن تتدخل لإنهاء النزاع بينهما على سبيل الصلح، وبتعيين حكمين، واحد من أهلها، وواحد من أهله، طبقا لإجراءات التحكيم الموضحة في المواد من ٧ إلي ١١ من قانون ١٩٢٩.

وتضيق بهذا كله المساحة الباقية لإعمال المادتين ٣٤٥ و ٣٤٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، ذلك أنه أصبح أمام القاضى عدد من البدائل لذلك، من بينها الحكم بوقف النفقة والعمل علي الصلح بين الزوجين واتخاذ إجراءات التحكيم.

المحتويات

الموضوع	الصفحة
تنويه	٧
تمهيد	٩
الفصل الأول : مفهوم الزواج ومقدماته	٢٥
الفصل الثاني : أركان الزواج وشروطه	٤٧
الفصل الثالث : الخيارات والشروط في الزواج	٨٧
الفصل الرابع : المحرمات	١٠٧
الفصل الخامس : الولاية والوكالة والكفاءة	١٣٩
الفصل السادس : المهر	١٥٩
الفصل السابع : قضايا المهر ومتاع البيت	١٩٣
الفصل الثامن : النفقة	٢٠٧
الفصل التاسع : الحقوق غير المالية للزوجين والطاعة	٢٨١

أحكام الطلاق

أحكام الطلاق

دكـــتور
محمد كمال إمام
كلية الحقوق ـــ جامعة الإسكندرية

الطـلاق عنـد المسلمين

دراسة فقهية وقانونية

احكام الطلاق - حقوق الاولاد - نفقة الاقارب

بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

مدخل

الزواج فى الإسلام عقد دائم ، ولكنه ليس أبدياً ، هو عقد ينبغى أن يستمر مدى الحياة ، ولكنه يمكن أن ينحل أو ينتهى ، وعقد الزواج ينتهى بأحد طريقتين ، الأول حتمى لا سبيل إلى تفاديه وهو وفاة أحد الزوجين ، والثانى وهو الطلاق يكره ولا يجب ولكنه إحدى حقائق الحياة ، ولهذا كان الطلاق أبغض الحلال عند الله ، ووضع الإسلام مجموعة من الضوابط عند إنشاء عقد الزواج تكفل استمراره وتحول دون إنحلاله ، ولكن الإسلام دين يتعامل مع الواقع ، وقد يكون الانفصال هو القرار الوحيد أمام الزوجين ، فلابد من احترام الواقع الإنسانى ، فجاء الشرع بطريق وسط يعالج أحوال الفطرة ، ويتفاعل مع ظروف كل أسرة .

كانت اليهودية تبيح الطلاق ، وفى بعض الحالات كالزنا والعقم ، ينفصل الزوجان إلى الأبد ، ولا يحل لهما استئناف الحياة الزوجية مرة أخرى، وفى اليهودية تجوز الرجعة بعد الطلاق فى كل الأحوال ومهما طالت المدة ما لم تتزوج المرأة ، وفى اليهودية ليس للمرأة أن تطلب الطلاق مهما كانت عيوب زوجها ، وفى اليهودية يجب على من لم يرزق بذرية من زوجته بعد زواج اتصل عشر سنوات أن يفارقها ويتزوج بغيرها .

وقضت المسيحية إلا فى قليل من الطوائف ، أن الطلاق ممنوع ، وأن الانفصال لا يحل لأحد الزوجين الفكاك من أسر الزوجية ، حتى لا يطرد من ملكوت الله فى الأرض فالطلاق فى المسيحية إلا فى أحوال ضيقة نادرة- غير معترف به وإذا أعلنه الزوجان فهما فى أسره إلى الأبد .

جاء الإسلام بطريق وسط[1] فالطلاق فى أصله محظور فإذا أصبح الحل الوحيد للخروج من شقاق لا يحتمل فهو مباح ووضع الإسلام مجموعة من الإجراءات تسبقه قبل إيقاعه ، ولم يجعله طلقة واحدة ، بل فتح الطريق أمام الطرفين لمواجهة النفس وإصلاح الخطأ ، فجاءت الآيات القرآنية تقضى بأن الطلاق مرتان ، فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ، وحتى فى الطلقة الثالثة فإن إستئناف الحياة الزوجية مرة أخرى ممكن ، بعد أن تتزوج المرأة زوجاً آخر يفارقها بطلاق أو وفاة .

وقد جعل الإسلام الطلاق بيد الرجل ، ولكنه لم يتركه حراً فى إيقاعه يستبد به وحده ، ولا تجد الزوجة سبيلاً للتحرر من زواج فاشل أو زوج سيء، فوسطية الإسلام تأبى ذلك ، فالأصل فى الطلاق أنه بيد الزوج ، ولكن للزوجة أن تفتدى نفسها فى فرقة تسمى خلعاً ، ولها أن تلجأ إلى القضاء ليقضى بالتطليق عند ثبوت الأضرار أو الإعسار أو الغيبة إلى غيرها من أنواع الفرقة التى تعيد التوازن بين طرفى عقد الزواج ، حتى لا يستبد الزوج بمصير الأسرة وحتى لا تتهور المرأة فتفارقه، وهذه الدراسة الموجزة تعالج أحكام الفرقة فى الإسلام فقهاً وتشريعاً وقضاء فى إطار فكرة الواجب التى تمنع وتبيح وليس فى إطار فكرة حقوق الإنسان التى عبئت بمفاهيم غربية تجعل قراءة الفقه الإسلامى فى ضوئها مغلوطة أو فى القليل ناقصة .

وسوف تنقسم دراستنا على النحو التالى: -

الباب الأول : الأحكام العامة فى الفرقة وأنواعها .

الباب الثانى : آثار الفرقة وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب .

١- فى فكرة الطلاق وتطورها ومقارنة النظام الإسلامى بالنظم اليونانية والمسيحية وعرب الجاهلية راجع د. عبد الفتاح السيد : حقوق الزوجه المسلمة بالفرنسية رسالة دكتوراه ديجون سنة ١٩٢٢

الباب الأول

الأحكام العامة للفرقة وأنواعها

فى الإسلام يمكن للزوجين أن يفترقا إذا تعذرت العشرة ، ولم يستطع الطرفان إبقاء الحياة الزوجية وفى هذا الباب نتناول أولا الأحكام العامة للفرقة ، ثم نعرض لأحكام الفرقة بنوعيها الفرقة الارادية والفرقة اللاارادية .

الفصل الأول : الأحكام العامة فى الفرقة .

الفصل الثانى : الفرقة الإرادية .

الفصل الثالث : الفرقة اللاإرادية .

الفصل الأول

المبادىء العامة فى الفرقة

الفرقة سواء تمت بإرادة الطرفين أوبحكم الشارع أو القاضى فقد وضع لها الإسلام مجموعة من القواعد العامة الضابطة سواء من ناحية مشروعيتها أو صفتها الشرعية ، أو معايير التمييز بين أنواعها المختلفة بل وما يمكن أن يكون خصائص عامة للطلاق فى الإسلام ، وسوف نخصص هذا الفصل لعرض هذه المبادىء العامة .

المبحث الأول : خصائص الطلاق .

المبحث الثانى : أدلة مشروعيته .

المبحث الثالث : مصطلحات الفرقة .

المبحث الأول

خصائص الطلاق

الطلاق هو الطريق الطبيعى للفرقة بين الزوجين وهو طريق لا يسلك- أو هذا ما ينبغى - إلا لضرورة تبيح المحظور وتبرر المكروه .

وسوف نعرض فى هذا المبحث لخصائص الطلاق الإسلامى :

المطلب الأول : الأصل فى الطلاق الحظر .

المطلب الثانى : الأصل فى الطلاق أنه بيد الزوج .

المطلب الثالث : الأصل فى الطلاق التتابع والتعدد .

المطلب الأول

الأصل فى الطلاق الحظر

اختلف الفقهاء فى الحكم الأصلى للطلاق ، فقال بعضهم بالإباحة وقال بعضهم بالحظر ، والخلاف هنا متعلق بحكم أصل الطلاق - قبل أن تعتريه الأحكام الخمسة - لأن الطلاق من حيث هو طلاق جائز يرد عليه الوجوب والندب ، والحرمة والكراهة ، وهنا ينبغى التفرقة بين إيقاع الطلاق ووقوعه.

أما إيقاع الطلاق فهو فعل الزوج وهو الذى تعتريه الأحكام التكليفية ويوصف بالحل أو الحظر .

أما وقوع الطلاق ، فهو حكم الشرع ، وهو يترتب بعد الإيقاع مباشرة، ويظهر أثر هذه التفرقة حينما يكون إيقاع الطلاق محظوراً يؤاخذ الزوج عليه قضاء وديانة ومع ذلك يتم وقوع الطلاق ويترتب عليه حكمه من جهة الشرع .

أولاً - الإتجاه الذى يقول بالإباحة :

يرى جمهور الفقهاء أن الأصل فى الطلاق الإباحة ، وقد يخرج عنها فى أحوال يقول " القرطبى " فى تفسيره " دل الكتاب والسنة وإجماع الأمة على أن الطلاق مباح غير محظور" (١) .

ويقول "ابن المنذر" ليس فى المنع منه خبر يثبت" ويقول السرخسى فى كتابه " المبسوط " "وإيقاع الطلاق مباح وإن كان مبغضاً فى الأصل " (٢).

١- راجع القرطبى - الجامع لأحكام القرآن جـ٣ صـ١٢٦

٢- السرخسى : المبسوط جـ٦ صـ٢ .

١- أدلة هذا الاتجاه :

يستند جمهور الفقهاء إلى أدلة من الكتاب والسنة والأثر والقياس تتضافر كلها - عندهم - على القول بأن الحكم الأصلى للطلاق الإباحة .

أ- الأدلة من القرآن الكريم : يرى هذا الاتجاه أن آيات القرآن الكريم التى تناولت الطلاق جاءت مطلقة ليس فيها منع أو تحريم من ذلك قول الله تعالى ﴿ **لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة** ﴾ وقوله تعالى : ﴿ **فطلقوهن لعدتهن** ﴾ فالأيات هنا تفيد إباحة الطلاق ولا جناح على الزوج فى إيقاعه كما جاء فى النص القرآنى .

الأدلة من السنة : ويستدلون أيضاً بما فى السنة العملية لرسول الله ﷺ أنه طلق زوجته حتى نزل الوحى يقول له راجعها فإنها صوامة قوامة، - والنبى ﷺ لا يفعل المحظور . كما طلق صحابة الرسول ﷺ زوجاتهم دون بيان لسبب الطلاق ، فلم ينكر الرسول عليهم ذلك ، فدل ذلك على أنه مباح ، فقد طلق عمر رضى الله عنه أم عاصم ، وطلق عبد الرحمن ابن عوف تماضر .

ثانياً - الاتجاه الذى يقول بالحظر :

يرى عدد من الفقهاء ينتمون الى مذاهب مختلفة الى القول بأن الأصل فى الطلاق الحظر ، وفى ذلك يقول ابن الهمام الحنفى[1] والأصح حظره إلا لحاجة .

وجاء فى فتاوى ابن تيمية[2] " الأصل فى الطلاق الحظر وإنما أبيح منه قدر الحاجة " .

١- راجع : أ) الكمال بن الهمام : فتح القدير جـ٣ صـ٢٢ ب) الكاسانى : بدائع الصنائع جـ٣ صـ٩٥ .

٢- ابن تيمية : الفتاوى : ط١ فرج الله جـ٣ صـ١٦ .

١- أدلة هذا الإتجاه :

وقد استند أصحاب هذا الرأى إلى أدلة كثيرة من الكتاب والسنة تدل- عندهم – على أن الأصل في حكم الطلاق الحظر .

أ- الأدلة من القرآن الكريم :

قال الله تعالى في كتابه العزيز : **﴿ فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً ﴾** . وهذه الآية تفيد أن الطلاق بدون حاجة بغي وظلم وهذا ممنوع ومحظور في الإسلام .

ب- الأدلة من السنة :

وفى أحاديث رسول الله ﷺ ما يعد سنداً قوياً لأصحاب هذا الإتجاه منها : قال رسول الله ﷺ ﴿ أبغض الحلال إلى الله الطلاق ﴾ .

وقال ﷺ :﴿ تزوجوا ولا تطلقوا فإن الله لا يحب الذواقين والذواقات ﴾ .

فهذه الأحاديث تنهي عن الطلاق بما يدل على أن الأصل في الطلاق الحظر .

والراجح فيما نرى هو الرأى القائل بأن الأصل في الطلاق الحظر وأنه لا يباح إلا لحاجة يؤيد ذلك ما ذكره بعض الباحثين من أن الشارع الحكيم ضيق في الطلاق أشد التضييق ، فاشترط أن يكون من الزوج نفسه أو نائبه ، وأن يكون بالغاً عاقلاً ، وقد استحسن القرآن الكريم من الرسول ﷺ إلحاحه على زيد بن حارثة أن يمسك عليه زوجه بالرغم من استمرار الشقاق بينهما فقال في صورة الأحزاب : **﴿ وإذ تقول للذي أنعم الله عليه ، وأنعمت عليه . امسك عليك زوجك واتق الله ﴾** فاعتبر القرآن الكريم الامتناع عن الطلاق من نوع التقوى والبر ، وقد نفر القرآن الكريم من الطلاق بقوله :

﴿ وإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً ﴾ .

هذه الآيات وأشباهها تؤكد – تلميحا صريحا - أن الأصل في الطلاق الحظر ، وأن إباحته مقيدة بالحاجة ، لأن الزواج رباط مقدس سماه القرآن

الكريم بالميثاق الغليظ في قوله تعالى : ﴿ **وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً** ﴾ .

وقد عبر عن ذلك الرسول ﷺ في قوله ﴿ تزوجوا ولا تطلقوا ، فإن الطلاق يهتز له عرش الرحمن ﴾ .

وأياً ما كان الأمر في اختلاف الفقهاء حول الحظر والإباحة في الحكم الأصلي للطلاق ، فإنهم يتفقون على أن الطلاق تعتريه الأحكام التكليفية حسب الظروف والأحوال . ومما يؤكد ذلك ما يلي :

أ- لا يباح الطلاق إلا عند الحاجة[1]: فالضرورة - كما يقول البعض هي التي تبيح الطلاق - لأنه هدم لبناء قائم - تعلقت ببقائه أغراض ومصالح، وربما لم تكن قاصرة على الزوجة وحدها ، فعسى أن يكون هناك أطفال يشقون بالطلاق ، وعسى أن يشقى به الزوج نفسه ، فهو بلا حاجة ضرر واضح ، لا يمكن أن يقره الإسلام والذي جعل من مبادئه العامة كما أشار الرسول ﷺ مبدأ ﴿ لا ضرر ولا ضرار ﴾ وهذا ما سماه ابن عباس - كما رواه البخاري ﴿ الطلاق عن وطر ﴾ .

بـ- محاولة الإصلاح أولاً بكل حيلة : وهو واجب على الزوج المسلم حتى لا ينفرط عقد الأسرة ، ويتفرق شمل الأولاد وقد نفر الرسول ﷺ من الطلاق إلا عند توافر أسباب توجبه وقد قال ﷺ فيما رواه أبو داود بإسناد صحيح ﴿ أبغض الحلال عند الله الطلاق ﴾ .

١- البهوتي : كشاف القناع جـ٣ صـ١٣٩ .

المطلب الثاني

الأصل في الطلاق أنه بيد الزوج

الطلاق بصفة عامة قد يستوعب صوراً مختلفة من الفرقة ولكنه في المعنى الاصطلاحي ينصرف إلى الفرقة التي يوقعها الزوج بالإرادة المنفردة ، وقد دل على ذلك قول الرسول ﷺ ﴿ إنما الطلاق لمن أخذ بالساق ﴾ ، وقد ذكر ﴿ محمد بن عبد الرحمن ﴾ من فقهاء القرن السادس الهجري في كتابه ﴿ محاسن الإسلام ﴾ أن المرأة سريعة الاغترار لا روية لها في أمورها ، فلو جعل الطلاق إليها لبادرت إلى التطليق عند كل قليل أو كثير فإن رغد عيشها بطرت ، وإن عسر أمرها ضجرت فمالت عنه فقلما يحصل الدوام على النكاح فالشرع جعل الطلاق إلى الزوج ليتأمل ويتفكر ويستعمل عقله في هذا هل الصلاح في المقام معها أو مفارقتها ، فهذه حكمة بالغة ، ورحمة من الله تعالى سابغة(١) . ولم يشترط العوض في الطلاق ، لأنه لو شرط العوض لشرط عليها وهي عاجزة عن أداء العوض على ما عليه جبلتها ، فلا يحصل المقصود بشرع الطلاق ، ولم يجعل الطلاق إليهما كما في النكاح الذي لا يتم إلا بإيجاب وقبول فإنه لو جعل الطلاق إليهما ربما يرى أحدهما الصلاح لنفسه في فراقها والآخر لا يوافقه فلا يصل إلى ما هو مطلوبه وصلاحه ففوض إلى أحدهما وخص به الزوج وما أشار إليه ذلك الإمام الجليل هو ما لخصه بعض المعاصرين وهو يرد على خصوم الرجل وأنصار المرأة تحت مظلة براقة وخادعة هي حقوق المرأة .

١- محمد بن عبد الرحمن البخاري : محاسن الإسلام ط ١٣٨٦ صـ٥١ وقريب من ذلك راجع : إبراهيم علي : أسرار الشريعة الإسلامية ط١ سنة ١٣٢٨ صـ١٩٦-١٩٧ .

أولاً – لماذا الطلاق بيد الرجل ؟

كما يقول الدكتور مصطفى السباعي[1] ﴿ إن الاحتمالات العقلية في هذا الموضوع لا تخلو عن أربعة ﴾:-

١- أن يجعل الطلاق بيد المرأة وحدها .

٢- أن يجعل الطلاق باتفاق الرجل والمرأة معاً .

٣- أن يجعل الطلاق عن طريق المحكمة .

٤- أن يجعل الطلاق بيد الرجل وحده .

فلنناقش كل احتمال على حدة .

١- لا سبيل لإعطاء المرأة وحدها حق الطلاق لأن فيه خسارة مالية للرجل ، وزعزعة لكيان الأسرة ، والمرأة لا تخسر مادياً بالطلاق بل تربح مهراً جديداً وبيتاً جديداً وعريساً جديداً ، وإنما الذي يخسر هو الرجل ، الذي دفع المهر للمرأة ويقوم بنفقة البيت والأولاد ، وقد دفع نفقات العرس ، وثمن أثاث البيت وإذا كان من القواعد الشرعية المسلم بها أن ﴿ الغرم بالغنم ﴾ كان من العدالة أن يعطى الرجل حق إيقاع الطلاق ما دمنا قد ألزمناه بالمهر ونفقات الزوجة والأسرة ، فلا يهدم ما بناه بسهولة ، ودون ضرورة ملحة وهو العارف بما كلفه الزواج الأول وما يكلفه الزواج الثاني إذا أراده . أما إذا أعطيت المرأة حق الطلاق سهل عليها أن توقعه متى اختصمت مع الزوج نكاية فيه وعناداً له ورغبة في تغريمه والانتقام منه .

ولا يسأل الرجل عن سبب الطلاق ، لا لأن الطلاق بالهوى جائز ، وليس لإبراز تفوق الرجل وقدرته على الفرقة بالإرادة المنفردة بل إن ذلك له حكمة بالغة ، وهي المحافظة على أسرار الأسرة ، وصيانة كرامة المرأة وسمعتها ، حتى لا تصبح حياتها الخاصة حديث الناس ، وتعرض أسرار

١- د. مصطفى السباعي : شرح قانون الأحوال الشخصية ط٧ دمشق سنة ١٩٦٦ صـ٢٤١ .

أسرتها على رؤوس الأشهاد وقد أشار الماوردي في كتابه ﴿ الحاوي ﴾ إلى تعليل جعل الطلاق بيد الزوج فقال : ﴿ والطلاق لا يصح إلا من زوج ولا يقع إلا على زوجة فيختص الزوج بالطلاق وإن اشترك الزوجان في عقد النكاح ﴾، وهو أحد التأويلات في قوله تعالى : ﴿ **وللرجال عليهن درجة** ﴾ إن الرجل يملك الطلاق ولا تملكه الزوجة ، فإن قيل فلم أشترك الزوجان في النكاح ، وتفرد الزوج بالطلاق ، قيل لأمرين :

أحدهما : أنه لما اشترك الزوجان في الاستمتاع ، جاز أن يشتركا في عقد الزواج ، ولما اختص الزوج بإلتزام المؤونة ، جاز أن يختص الزوج بإيقاع الفرقة .

والثاني : أن المرأة لم يجعل الطلاق إليها لأن عاطفتها تغلبها فلم تؤمن منها معاجلة الطلاق عند التنافر ، والرجل أغلب لشهوته منها ، وإنه يؤمن منه معالجة الطلاق عند التنافر

٢- أما جعل الطلاق بإتفاق الرجل والمرأة معاً ، فهو رهن باجتماع مشيئتهما ، فهذا فيه تعطيل للطلاق ، لا صلة له بحقوق المرأة ، ولا بالمساواة بين الجنسين ، إن المرأة لا شك ستعاند زوجها إذا رغب في الطلاق ، وسيعاندها إذا رغبت هي ، وهكذا يدور مصير الأسرة في حلقة مفرغة ، ويمسك به طرفان متنافران لا يحب أحدهما تحقيق رغبة الآخر ولا أظن القول بمثل ذلك إلا محاولة للعبث بالأحكام الشرعية وهو مما تأباه القوانين شرعية كانت أو وضعية .

إن إجبار الرجل على البقاء مع امرأة مستبدة أو فاسدة أو لا يطيق معاشرتها هو ضرر كبير والقاعدة الفقهية أن لا ضرر ولا ضرار في الإسلام.وليس معنى ذلك أن المرأة ليس لها أن تفارق رجلاً تكرهه ولا تحبه، فالقول بأن الطلاق تصرف انفرادي للرجل ليس على إطلاقه فلها أن تفتدي نفسها لتفارق الرجل فيما سماه الفقهاء ﴿ بالخلع ﴾ ولها أن تطلب من القاضي

أن يفرق بينها وبين رجلها للأسباب التي توجب التفريق من إضرار أو إعسار أو فقد أو غيبة وغير ذلك من الأسباب .

وهكذا نجد أن الإسلام وإن منع أن يكون الطلاق بمشيئة الطرفين وأعطاه للرجل ، فإنه لم يجعله متحكماً في أمر الزوجة بحيث لا تستطيع التخلص من حياتها الزوجية معه . إلا بمحض إرادته ، بل أباح لها الخلاص من الزوج المستبد أو الظالم أو الفاسد بمال تدفعه أو بواسطة القاضي .

٣- الطلاق بيد المحكمة وهو طريق تأباه الشريعة الإسلامية لأن التقاضي سبيله شائك وعر ، تتقطع به الأرحام ، وتحاك فيه الدسائس ، ويتهم الناس فيه بما ليس فيهم من أجل كسب دعوى أو الحصول على حكم ، وقد يسعى الرجل في سبيل أن يقضى له بالطلاق أن ينشر عن زوجته مقالة سوء أو يفشي أسراراً لها ينبغي أن تصان وتحمى ، لكل ذلك لم يجعل الإسلام الطلاق بيد المحكمة ، ولكنه جعل الطلاق أمام القاضي سبيلاً استثنائياً إذا تعذر الطلاق بالإرادة المنفردة أو رضي به الطرفان ، أو من خلال تدخل الحكمين ، فهو تدخل مشروع لحسم شقاق لا يحسمه إلا الطلاق ، والولاية العامة تفرض مسؤوليات جسام على أصحابها ، تأتي مسؤوليات حماية الأسرة وصيانتها في المقدمة منها .

والطلاق الذي بيد الرجل ليس مطلقاً بغير قيد ، بل هو مقيد في عدده، ومقيد في زمن إيقاعه ، ومقيد في حكم وقوعه ، وكل هذه القيود تحمي المرأة من عسف الرجل أو ظلمه ، فإذا خرج الرجل عن حدوده وأساء استعمال حقه، ترد إساءته ويردع على جوره بما يتفق والحكمة التي دعت إلى تشريعه، وبما فيه منع الإضرار ، بالمرأة زوجة أو مطلقة .

بل إن الأصل في الطلاق أن يتدخل المجتمع عند عجز الطرفين عن الاتفاق على إزالة أسباب الشقاق ، ومهمة الحكمين في هذا وجوبية ، والأفضل أن يكونا من ذوي القرابة لأنهم أدرى ببواطن الأمور وهو ما نص

عليه القرآن الكريم في سورة النساء : ﴿ **وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما** ﴾ .

ومهمة الحكمين التردد على الزوجين وتفحص أحوالهما وتعرف رغباتهما - لا بصفة وكيلين عنهما - بل حامين عليهما وحكمهما نافذاً تحكيماً لا قضاء .

خلاصة القول أنه لا جدال أن الإسلام قد جعل الطلاق بأصل الشرع إلى الرجل ، يوقعه حين يوقعه دون حاجة إلى قضاء ، ولذا لم يسند الطلاق في القرآن الكريم إلا إلى الرجال . إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة من كل قيد وشرط حتى تعتبر في يد الرجل سلاح استبداد ، قد يستعمل في غير موضعه ، بل لها حالات وأوقات ، تجردها من التعسف وتحميها من العبث ، فلا يستعمل الطلاق إلا في موضعه . وهذا من خصائص الطلاق عند المسلمين لا تعرفه الشريعة المسيحية بكل طوائفها - أرثوذكسية وكاثوليكية وإنجيلية - إذ أن هذه الشريعة تحرم تحريماً مطلقاً أن يستقل الزوج بإرادته المنفردة بحل عقدة الزواج لأي سبب من الأسباب كذلك لا تعرفه الشريعة اليهودية ، التي تقر انحلال الرابطة الزوجية إلى أمام السلطة الشرعية وبواسطتها أي أن الإنحلال فيها - عند الربانيين والقرائين - لا يكون إلا تطليقاً .

المطلب الثالث

الأصل في الطلاق التتابع

الأصل في الطلاق التعدد والتتابع ولا يقصد التعدد في الألفاظ ، وإنما التعدد الذي يرتبط بزمان حدده الشارع ولا يعتد خارجه بتعدد الألفاظ .

يقول الله تعالى ﴿ الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ﴾ .

وفي قوله تعالى : ﴿ الطلاق مرتان تأويلان ﴾ :

الأول : أنه بيان بعدد الطلاق وتقديره بالثلاث ، وأن الزوج يملك الرجعة في الاثنتين ولا يملكها في الثالثة وهو قول عروة وقتادة .

والتأويل الثاني : وهو الأرجح لدينا - انه بيان لسنة الطلاق ، وانه يوجب على الزوج أن يوقع الطلاق متعددا في أزمنة محددة ، فلا يوقع الطلاق إلا في طهر محدد ، ولا يجمع أكثر من طلاق في طهور(١) واحد .

وفي قوله تعالى : ﴿ فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ﴾ تأويلان أيضاً :

الأول : أن الإمساك المعروف ، الرجعة بعد الثانية ، والتسريح بالإحسان الطلقة الثالثة ، وهو قول عطاء ومجاهد .

والتأويل الثاني : أن الإمساك بالمعروف ، الرجعة بعد الثانية وأن التسريح بإحسان هو الإمساك عن رجعتها حتى تنقضي عدتها .

فهذه التأويلات المعتمدة تشير إلى ما يلي :

---

١ - راجع في الخلاف الفقهي حول الطلاق الثلاث :

أ) ابن القيم : زاد المعاد جـ٤ صـ٥٤ حيث يعرض للاتجاهات الفقهية .

ب) أحمد شاكر : نظام الطلاق : حيث يعرض للرأي القائل بعدم وقوع طلاق الثلاث ويؤيده .

جـ) محمد زاهد الكوثري : الاشفاق في أحكام الطلاق : حيث يعرض للرأي المعارض ويؤيده .

١- أن الزوج لا يملك إيقاع الطلقات الثلاث بلفظ واحد ، أو بألفاظ ثلاثة متعاقبة ، أو متفاصلة ، بل لابد أن يطلق المرأة المدخول بها في طهر لم يجامعها فيه .

وقد استدل أبو حنيفة على أن طلاق الثلاث محرم وإن كان واقعاً بقوله تعالى في سورة الطلاق ﴿ إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن واحصوا العدة ﴾ فقد تضمنت هذه الآية تفريق الطلاق في الأطهار من وجهين :-

الأول : قوله تعالى : ﴿ واحصوا العدة ﴾ وإحصاؤها إنما يكون انتظاراً حتى لا يقع الطلاق فيها .

والثاني : قوله تعالى فيها : ﴿ لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً ﴾ يريد بها الرجعة ، والرجعة لا تكون في الثلاث ، وإنما تكون فيما دون الثلاث .

ويقول تعالى : ﴿الطلاق مرتان ﴾ فدل على أنه لا يجوز أن يكون مرة واحدة

وقد روى عن عبد الله بن عمر أنه قال : ﴿ طلقت امرأتي وهي حائض فقال النبي ﷺ ما هكذا أمرك ربك إنما السنة أن تستقبل بها الطهر ثم تطلقها في كل قرء طلقة ﴾ .

٢- وترتب على ذلك أن الطلاق ينقسم عند الفقهاء إلى ثلاثة أقسام هي ، طلاق[1] سنة ، وطلاق بدعة ، وطلاق لا سنة ولا بدعة .

أما طلاق السنة فهي طلاق المدخول بها في طهر لم تجامع فيه .

أما طلاق البدعة فهو طلاق اثنتين ، المرأة الحائض أي التي لا تزال في عدتها ، والمرأة التي في طهر جومعت فيه أي اتصل بها زوجها خلاله

١- في تعريف طلاق البدعة والسنة :

راجع : المغني جـ٧ صـ٩٨ ، بدائع الصنائع جـ٣ صـ٨٨ .

وفي طلاق البدعة : فتح القدير جـ٣ صـ٢٤ ، المغني جـ٧ صـ٩٩ ، المحلى جـ١٠ صـ١٦١

أما الحائض ، فكان طلاقها بدعة لأنها طلقت في زمان لا يحتسب من عدتها وفي هذا إضرار بها وإطالة للعدة .

أما التي في طهر اتصل بها زوجها فيه فللإشكال في أمرها هل حملت منه فلا يعتد بالطهر ويعتد بوضع الحمل ، أم لا حمل فتعتد بالطهر .

أما النوع الثالث من الطلاق الذي لا بدعة ولا هو سنة فينطبق على خمس : الصغيرة ، والتي بلغت سن اليأس ، والحامل ، وغير المدخول بها ، والمختلعة ، أما الصغيرة ومن بلغت سن اليأس ، فلاعتدادهما بالشهور التي لا تختلف بحيض ولا طهر ، وأما الحامل فلاعتدادها بوضع الحمل الذي لا يؤثر فيه حيض أو طهر ، وأما غير المدخول بها فلأنه لا عدة عليها فيؤثر فيها حيض أو طهر ، وأما المختلعة فلأن خوفهما - الزوج والزوجة - من أن لا يقيما حدود الله يقتضي تعجيل الطلاق ، من غير اعتبار سنة ولا بدعة.

٣- أما وقوع الطلاق في هذه الأقسام الثلاثة فهو على النحو التالي :

أ- طلاق السنة مجمع على وقوعه .

ب- طلاق ما لا سنة فيه ولا بدعة مجمع على وقوعه .

جـ- طلاق البدعة .

وطلاق البدعة محرم ديانة ، ويأثم الزوج لإيقاعه عند الجميع واختلفوا في وقوعه قضاء إلى رأيين :-

الرأي الأول : أن طلاق البدعة لا يقع قضاء :

أصحاب هذا الرأي - ومنهم الظاهرية والشيعة الإمامية وابن تيمية- يرون أن الطلاق البدعي لا يقع ، فمتى طلق زوجته في طهر لم يجامعها فيه، أو طلقها وهي حائض ، أو طلقها ثلاثاً بلفظ واحد لا يقع به طلاق وتبقى الزوجية كما هي ووجه قولهم هذا أن الأمر - بإيقاع الطلاق على وجه مخصوص يقتضي الإيجاب ، فما وقع على غير هذا الوجه المخصوص لا

يعتبر ، لما روى عن النبي ﷺ أنه قال : ﴿ من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد ﴾ .

وأصحاب هذا الرأي أعملوا الحديث في طلاق البدعة بالنسبة للحائض، وبالنسبة للطلاق في طهر اتصل فيه الزوج بالزوجة أما في الطلاق الثلاث بلفظ واحد أو ألفاظ متتابعة ، فقد قالوا بوقوع طلقة رجعية واحدة ، وهذا معقول لأن المتلفظ بالطلاق الثلاث ﴿طلقة الثلاث﴾ متفرقاً أو مجموعاً لا يهدر كلامه كله ، بل يحمل على أقله وهو التطليقة الواحدة ، وهذا ما عليه القانون المصري وفقاً لما جاء في المادة الثالثة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٥ .

الرأي الثاني : أن الطلاق البدعة يقع قضاء وقد قال بذلك كثير من الصحابة والتابعين كما قال به أئمة المذاهب الأربعة .

وجاء أصحاب هذا الرأي بكثير من الأحاديث التي تناقش مثل حديث ابن عمر ﴿ إذا طلق امرأتة في الحيض فأمره رسول الله بمراجعتها والتريث حتى تطهر ﴾ . وقالوا إنه لا رجعة إلا بعد طلاق ، وقد ورد في بعض الروايات ﴿ وكان عبد الله طلق تطليقة فحسبت من طلاقها ﴾ وفي بعض الروايات أن رسول الله ﷺ قال ﴿ وهي واحدة ﴾ وهذا في رأيهم صريح في وقوع طلاق البدعة وهو هنا الطلاق في الحيض. ويرى البعض أن الحديث لا حجة فيه لأنه قوله ﷺ في حديث ابن عمر وهي واحدة تعنى أن ما نطق به ابن عمر كان واحدة أو أن عليه عند التطليق أن يوقعها واحدة لأن هذا هو المأذون به شرعاً وليس في الروايتين ما يدل على أن طلقة واحدة وقعت والأحاديث الأخرى التي ترد في هذا الباب ليس صريحة في الدلالة على وقوع الطلاق ، ولا موثوقاً في رفعها إلى الرسول ﷺ ، وإذا سلم فهو معارض بما روى عن عدم حسبانها ، والثاني أوثق وأولى بالقبول لموافقته لقوله تعالى ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾ مع ملاءمته لحكمة تشريع الطلاق .

والرأى عندى أن القول بعدم وقوع الطلاق البدعى ديانة وقضاء يتفق مع القول بأن الأصل فى الطلاق الحظر ، ويفرض قيوداً شرعية على حق الطلاق ويلبى مقاصد الشريعة فى نظام الأسرى ، وفى كل الأحوال يبدو واضحاً موقف الشريعة الإسلامية من تحريم الطلاق غير المتعدد أو المخالف للسنة التى توجب تفريق الطلقات الثلاث التى يملكها الزوج على ثلاثة أطهار.

المبحث الثانى

مشروعية الطلاق وصفته الشرعية

الأصل فى الزواج الإسلامى أن يكون إلى الأبد ، ولكن الواقع قد يجعله إلى أمد لأن الخلاف قد يستحكم ، والشقاق قد يتفاقم ولا يكون لعودة السلام من سبيل إلا الفرقة بين زوجين استحالت العشرة بينهما ، وأصبحت دعوتهما إلى الاستمرار من قبيل التكليف بما لا يطاق وهو منهى عنه فى الإسلام .

وقد اتجه إلى ذلك أصحاب الفكر السديد من مسلمين وغير مسلمين ، يقول الشيخ الرئيس ابن سينا فى كتاب "الشفاء" "وينبغى أن يكون إلى الفرقة سبيل ما ، وألا يسد ذلك من كل وجه لأن حسم أسباب التوصل إلى الفرقة بالكلية ليقتضى وجوهاً من الضرر والخلل ، منها أن من الطبائع ما لا يألف بعض الطبائع ، فكلما اجتهد فى الجمع بينهما زاد الشئ والنبو - الخلاف - وتنغصت المعايش ، ومنها أن من الناس من يمنى بزوج غير كفء ولا حسن المذاهب ، فى العشرة ، أو بغيض تعافه الطبيعة ، فيصير ذلك داعية إلى الرغبة فى غيره إذ الشهوة طبيعية ، وربما أدى ذلك إلى وجوه من الفساد ، وربما كان المتزاوجان لا يتعاونان على النسل ، فإذا بدلا بزوجين آخرين تعاونا فيه . فيجب أن يكون إلى المفارقة سبيل ولكنه يجب أن يكون مشدداً فيه" (١).

١- د. محمد يوسف موسى : أحكام الأحوال الشخصية ط١ صـ٩ صـ٢٥٣ .

وقال بنتام في كتابه " أصول الشرائع "[1] ﴿ إن الزواج الأبدى هو الأليق بالإنسان والملائم لحاجته والأوفق لأحوال الأسرة والأولى بالأخذ لحفظ النوع الإنسانى ، ولكن إذا اشترطت المرأة – على الرجل ألا تنفصل عنه ولو حلت فى قلوبهما الكراهية محل الحب لكان ذلك أمراً منكراً لا يصدقه أحد من الناس ﴾. فالعقل الصريح يتفق مع النص الصحيح فى القول بأهمية الطلاق رغم أنه بغيض على الله والناس ، ومن هنا تتجلى حكمة الإسلام فى إقراره ووضع الأحكام التكليفية التى تتعلق به .

وينقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : فى مشروعية الطلاق .

المطلب الثانى : الوصف الشرعى للطلاق .

١- بنتام ، أصول الشرائع ، ترجمة أحمد فتحى زغلول ط١، ١٣٠٩ هـ جـ١ صـ١٦١ .

المطلب الأول

مشروعية الطلاق

الكتاب والسنة والإجماع هى الأدلة الأصلية للأحكام الشرعية ولابد لمشروعية أى فعل إنسانى أن يكون له سند فى واحد من هذه الأدلة .

والأصل فى مشروعية الطلاق الكتاب والسنة والإجماع .

١- القرآن الكريم :

أ- يقول الله تعالى فى سورة الطلاق :﴿ **يا أيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن** ﴾ وهذا وإن كان خطاباً للنبى ﷺ إلا أنه حكم عام فيه وفى جميع أمته ، فهو من الخاص الذى أريد بها العموم .

ب- يقول تعالى فى سورة البقرة : ﴿ **الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان** ﴾ .

وهذه الآية الكريمة تنظيم للطلاق ، من ناحية عدده وأنه ليس للرجل إلا ثلاث تطليقات ، وأحكام الرجعة ومتى تجوز ، وهذا التنظيم القرآني للطلاق دليل مشروعية .

جـ- وقال تعالى ﴿ **لا جناح عليكم إن طلقتم النساء** ﴾ وهى آية سورة البقرة تنفى الجناح والاثم عن فعل الطلاق ، إذا تم بحدوده ، الشرعية عدداً ووقتاً وهيئة .

٢- فى السنة النبوية :

أ- روى حميد بن عبد الرحمن عن أبى موسى قال : قال رسول الله ﷺ ﴿ يقول أحدكم لامرأته قد طلقتك قد راجعتك ، ليس هذا طلاق المسلمين، تطلق المرأة من قبل عدتها ﴾ .

وهذا التنظيم من رسول الله للطلاق ، والتفرقة بين طلاق المسلمين وطلاق غيرهم دليل مشروعية طلاق المسلمين .

ب- وروى محارب بندثار ، عن ابن عمر ، أن النبى ﷺ قال : ﴿أبغض الحلال إلى الله الطلاق ﴾ .

والحديث يشير إلى أن الطلاق مشروع ولكنه مشروع بأسبابه ودواعيه .

جـ- وروى أن النبى ﷺ قال : " ثلاث جدهن جد وهزلهن جد، النكاح ، والطلاق ، والعتاق " وروى عنه ﷺ : أنه طلق حفصة ثم راجعها وما ورد عن رسول الله ﷺ من قول أو فعل أو تقرير يؤكد مشروعية الطلاق فى الإسلام .

٣- الإجماع :

انعقد الإجماع منذ عصر الرسول ﷺ حتى يوم الناس هذا على جواز الطلاق ، وإجماع الأمة على حكم دليل شرعى تستمد الأحكام منها ، وقد ثبت أن - الرسول قال : ﴿ لا تجتمع أمتى على ضلالة ﴾ فإجماعها على إباحة الطلاق دليل مشروعية ، يضاف إلى ما جاء فى القرآن الكريم والسنة النبوية.

ولم ينفرد الإسلام بإقرار الطلاق وإثبات مشروعيته ، ولكنه نظمه وجعله نظاماً إنسانياً يحقق مصالح الأسرة ، ولا يسلب المرأة حقوقها أو حرياتها .

فعند اليونان كان الطلاق مباحاً ولكنه كان مجرد أثر من آثار سلطة الزوج المطلق على زوجته حيث كان اليونان ينظرون إلى المرأة باعتبارها متاعاً تباع وتشترى . بل كان الزوج يزوج مطلقته لمن شاء فى حياته ، ويوصى بها لشخص آخر بعد مماته .

وقد عرفت تشريعات الإنسان فى القديم والحديث الطلاق ، وكان موقفها منه يتأرجح بين التقييد والإطلاق ، إلا ما قال به " الكاثوليك " من " عدم إباحة الطلاق لأى سبب كان "

أما البروتستانت فقد قالوا بالطلاق فى حالتى الزنا وتغيير الدين وأضاف " الأرثوذكس" أسباباً أخرى تجعل مذهبهم أكثر مرونة فى الطلاق عن غيره من مذاهب المسيحية الأخرى ، أما القوانين الوضعية فإن أكثرها يجيز الطلاق ، إلا أنه قد يتم بفعل الزوج وإرادته ، وأغلب التشريعات الوضعية تسند الطلاق إلى القاضى ، ولكنها تقر بمشروعيته فى كل الأحوال.

وهكذا أكدت فطرة الإنسان موقف الإسلام من مشروعية الطلاق فهو باعتباره ديناً يراعى واقع المجتمع ، وطبيعة الفرد ، شرع نظاماً للطلاق يجمع بين المصالح ويحقق الخير العام على النحو التالى :

١- الطلاق محظور أصلاً ولا يباح إلا لحاجة وضرورة وإباحته مقيدة بقيود تكفل الصالح العام ، وتكفل تحقيق التوازن فى حقوق كل واحد من الزوجين وواجباته فالزوجية " ميثاق غليظ " كما سماه القرآن لا ينفصم إلا لأسباب ملحة .

٢- الإسلام أباح الطلاق ، ولكنه جعله أمراً كريهاً على المجتمع بغيضا عند الله يقول الرسول ﷺ " تزوجوا ولا تطلقوا فإن الطلاق يهتز له عرش الرحمن "

٣- الطلاق مشروع للطرفين الزوج والزوجة ، فإذا كان الزوج بيده الطلاق يوقعه متى شاء ، فإن الزوجة لها حق افتداء نفسها وهو ما يسمى بالخلع ، ولها أن تطلب الفرقة من القاضى وعليه أن يجيب عند توافر الأسباب وثبوت حق الزوجة .

خلاصة القول أن الطلاق مشروع باعتباره ضرورة ، والضرورة تقدر بقدرها ، وعند عدم الحاجة فهو حرام على الرجل إيقاعه وحرام على الزوجة طلبه .

المطلب الثاني

الوصف الشرعي للطلاق(١)

يقصد بالوصف الشرعي للطلاق ، ما يثبت له شرعاً من جهة كونه مطلوباً فعله أو مطلوباً تركه ، فإن كان مطلوب الفعل طلباً جازماً فهو واجب، وإن كان مطلوب الفعل طلباً غير جازم فهو المندوب ، وإن كان مطلوب الترك طلباً جازماً ، فهو الحرام ، وإن كان مطلوب الترك طلباً غير جازم فهو المكروه .

والفقهاء متفقون على أن الطلاق تعتريه الأحكام التكليفية قال ابن عرفة " واعلم أن الطلاق من حيث هو جائزتعتريه الأحكام الأربعة من حرمة وكراهة ، ووجوب وندب" .

١- الطلاق الواجب :

يكون الطلاق واجباً أي يأثم الزوج بعدم إيقاعه في حالات كثيرة منها:-

أ- في حالة الإيلاء : يرى الجمهور أن الزوج إذا أبى العودة إلى زوجته بعد مدة الإيلاء فيجب الطلاق في هذه الحالة أما الأحناف فإنه يوقعون الفرقة بالإيلاء بمجرد انتهاء المدة .

ب- يكون الطلاق واجباً إذا عجز الحكمان عن الإصلاح بين الزوجين ورأيا الحل في التفريق بينهما عند من يقول بالتفريق .

جـ- يكون الطلاق واجباً إذا عاد الزواج على موضوعه بالنقض وذلك إذا كان الزوج فاقد الطاقة الجنسية لا يمكنه تحصين زوجة أو إعفاف

١- راجع آراء المذاهب الإسلامية في ذلك : أ) المغني - جـ٧ صـ٩٧ حيث يعرض آراء الحنابلة

ب) المالكية : جـ٣ صـ٩٠، ٢ حيث يعرض رأي الأحناف .

جـ) الشرح الكبير : جـ٢ صـ٣٦١ حيث يعرض رأي المالكية

د) مغني المحتاج : جـ٣ صـ٣٠٧ حيث يعرض رأي الشافعية .

امرأة لعدم قدرته على التلاقى ، فالتفريق هنا واجب . قال تعالى : ﴿ وإن يتفرقا يغن الله كلاً من سعته ﴾ .

وإنما يجب الطلاق فى هذه الحالة دفعاً للضرر الذى يحيق بكل الزوجين ، فعدم الطلاق يضر الرجل والمرأة على حد سواء ورفع الضرر واجب كما قال رسول الله ﷺ " لا ضرر ولا ضرار " وهذا الحديث إخبار فى اللفظ ولكنه نهى فى المعنى ، أى لا يضر بعضكم بعضاً ، والنهى العارى من القرائن يفيد التحريم فالضرر حرام وحيث لا سبيل إلى ترك هذا الحرام فيما نحن فيه إلا بالطلاق يكون الطلاق واجباً ، فإن ما لا يترك الحرام إلا به يكون واجباً ، فالطلاق واجب .

٢- الطلاق المندوب :

وهو الذى يترجح فعله على تركه ولا إثم فى تركه وصوره متعددة منها :-

أ- إذا فرطت الزوجة فى حق من حقوق الله مثل ترك الصلاة عمداً.

ب- إذا كانت المرأة سيئة الأخلاق تؤذى زوجها وأهله وجيرانها بالقول والفعل .

جـ- إذا طال الشقاق بين الزوجين رغم عدم اليأس من إصلاحه فالطلاق فى هذه الحالة مندوب إليه ، حتى يعود الهدوء إلى حياة الطرفين ، ويرى البعض أن امتناع المرأة عن حدود الله يجعل الإقدام على طلاقها أقرب إلى الواجب .

٣- الطلاق الحرام :

على معنى أنه طلاق يعاقب فاعله ويثاب تاركه، الطلاق الحرام هو الطلاق البدعى الذى تحدثنا عنه من قبل وأمثلته ما يلى :-

أ- الطلاق فى الحيض : لأن طلاق الحائض يتم فى زمان لا يحتسب به عدتها ، مما يؤدى إلى إطالة العدة بغير حق فهو إضرار بالمرأة ، ومن قواعد الشريعة عدم الإضرار .

ب- الطلاق فى طهر جامعها فيه : للإشكال فى أمرها بين الحمل وعدمه ، وما يترتب على ذلك من أحكام الطلاق فى العدة .

وفى تعليل ذلك روى أن ابن عمر رضى الله عنه طلق امرأته فى الحيض فقال الرسول ﷺ لعمر " مر ابنك فليراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ، ثم إن شاء طلقها قبل أن يمض فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء " يشير ﷺ الى قوله تعالى : ﴿**يا أيها** النبى **إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن**﴾ فالطلاق فى العدة هو الطلاق فى الطهر الذى لا اتصال فيه بالمرأة ، وهذا واجب كما هو مقتضى الآية الكريمة أن لفظ طلقوهن أمر والأمر يقتضى الوجوب إذا كان بلا قرينة ومخالفة الواجب حرام ، فالتطليق فى الحيض أو فى طهر فيه مساس مخالفة للواجب الذى أمر الله به ، ومخالفة الواجب الواجب حرام .

ولا خلاف بين الفقهاء فى القول بالحرمة فى الطلاق فى الحيض أو فى طهر تم فيه الإتصال بالمرأة ، والخلاف - كما سبق وأشرنا - فى وقوع الطلاق قضاء من عدمه .

والطلاق الثلاث بلفظ واحد يلحق بالطلاق المحرم ، سواء وقع طلقات ثلاث كما هو عند المذاهب الأربعة ، أو وقع طلقة واحدة ، كما يرى الظاهرية والشيعة الإمامية وابن تيمية .

٤- الطلاق المكروه :

بمعنى أن يترجح تركه على فعله : إذا كان الطلاق دون مبرر يقتضيه ، ولا سبب يدفع إليه وقد روى عن أحمد بن حنبل روايتان فى هذا النوع أحداهما أن هذا النوع حرام لأن التطليق فى هذه الحالة إضراراً بنفسه وزوجه وإعداماً للمصلحة المترتبة على الزواج من غير حاجة إليه فكان حراماً كاتلاف المال وكان حراماً أيضاً لقول الرسول ﷺ " لا ضرر ولا ضرار "

أما الرواية الأخرى فالتطليق مباح لقول الرسول ﷺ " أبغض الحلال إلى الله الطلاق "

والرأى الذى عليه الجمهور أن هذا الطلاق مكروه ، خاصة وأن رأى أكثرية الفقهاء أن الإباحة لا تعترى الطلاق لأن الحظر أصل فيه ، لأن الأحاديث التى تروى عن الرسول ﷺ فى شأن التدليل على الإباحة ، وما نقل عن الصحابة من أخبار ليس فيها أن طلاق الرسول أو صحابته الكرام كانت لغير سبب أو دون حاجة ، بل إن مقام النبوة ، وعلو شأن الصحابة يدعو إلى تنزيه أفعالهم من العبث ، أو أن تجىء لغير غاية أو دون سبب .

فالطلاق إذن لا تعتريه الإباحة ، وليس له من الأحكام التكليفية إلا أربعة هى الوجوب ، والندب ، والحرمة، والكراهة على النحو الذى أوجزناه فى السطور السابقة .

المبحث الثالث

مصطلحات الفرقة

المصطلح أصبح علماً ، وإحكامه يؤثر على سلامة الفكرة القانونية إيجاباً وسلباً ، والفرقة بين الزوجين لها أسباب متعددة وصور متنوعة ، لا تجيء كلها فى مرتبة واحدة من الأهمية ، ولا نرى ضرورة تفصيلها فى دراسة موجزة تستهدف الأحكام العامة فى الفرقة ، وشرح التشريع المصرى للأحوال الشخصية فى ميدان الطلاق ويأتى هذا المبحث لتحقيق أمرين هما :

أمر علمى : يقتضى ضرورة ضبط المصطلح والتفرقة بين الطلاق وما قد يختلط به من أسباب إنهاء الحياة الزوجية .

وأمر دارسى : تفرضه الدراسة الموجزة التى تقتضى ألا نعرض لكل صور الفرقة ، وفى ذات الوقت ينبغى الإشارة إليها ليعرفها الطالب إذا ما عرضت له فى دراسة علمية ، أو فى حياة عملية وسوف نعالج موضوعنا فى مبحثين ، الأول يجمل مصطلحات الفرقة ، والثانى : يفرق بين الطلاق والفسخ وهو ما قد يتصل بكل أنواع الفرقة بين الزوجين .

المطلب الأول : فى مصطلحات الفرقة .

المطلب الثانى : فى الطلاق والفسخ .

المطلب الأول

فى مصطلحات الفرقة

١- الطلاق :

الطلاق فى اللغة : الحل ورفع القيد ، وهو اسم مصدره التطليق ، ويستعمل استعمال المصدر ، وأصله : طلقت المرأة تطلق فهى طالق بدون هاء ، وروى بالهاء (طالقة) إذا بانت من زوجها ، ويرادفه الإطلاق ، يقال: وأطلقت بمعنى سرحت ، وقيل : الطلاق للمرأة إذا طلقت ، والإطلاق لغيرها إذا سرح فيقال : طلقت المرأة ، وأطلقت الأسير ، وقد اعتمد الفقهاء هذا الفرق ، فقالوا : بلفظ الطلاق يكون صريحاً ، وبلفظ الإطلاق يكون كناية .

وجمع طالق طلق ، طالقة تجمع على طوالق ، وإذا أكثر الزوج الطلاق كان مطلاقاً ومطليقاً ، وطلقة .

والطلاق فى عرف الفقهاء هو : رفع قيد النكاح فى الحال أو المآل بلفظ مخصوص أو ما يقوم مقامه .

والمراد بالنكاح هنا : النكاح الصحيح خاصة ، فلو كان فاسداً لم يصح فيه الطلاق ، ولكن يكون متاركة أو فسخاً .

والأصل فى الطلاق أنه ملك الزوج وحده ، وقد يقوم به غيره بإنابته، كما في الوكالة والتفويض ، أو بدون إنابة ، كالقاضى فى بعض الأحوال ، قال "الشربينى" فى تعريف الطلاق نقلاً عن التهذيب : تصرف مملوك للزوج يحدثه بلا سبب ، فيقطع النكاح .

٢- الفسخ :

الفسخ فى اللغة : النقض والإزالة وفى الإصطلاح : حل رابطة العقد وبه تنهدم آثار العقد وأحكامه التى نشأت عنه

وبهذا يقارب الطلاق ، إلا أنه يخالفه فى أن الفسخ نقض للعقد المنشيء لهذه الآثار ، أما الطلاق فلا ينقض العقد ، ولكن ينهى آثاره فقط .

٣- المتاركة :

المتاركة فى اللغة : الرحيل والمفارقة مطلقاً ، ثم استعملت للإسقاط فى المعانى ، يقال : ترك حقه إذا أسقطه .

وفى الاصطلاح : ترك الرجل المرأة المعقود عليها بعقد فاسد قبل الدخول أو بعده ، والترك بعد الدخول لا يكون إلا بالقول عند أكثر الفقهاء ، كقوله لها : خليت سبيلك ، أو تركتك ، وكذلك قبل الدخول فى الأصح .

والمتاركة توافق الطلاق من وجه وتختلف من وجه ، توافقه فى حق إنهاء آثار النكاح ، وفى أنها حق الرجل وحده ، وتخالفه فى أنها لا تحسب عليه واحدة ، وأنها تختص بالعقد الفاسد والوطء بشبهة ، أما الطلاق فمخصوص بالعقد الصحيح .

٤- الخلع :

الخلع فى اللغة : النزع ، وخالعت المرأة زوجها مخالعة واختلعت منه إذا افتدت منه وطلقها على الفدية ، والمصدر الخلع والخلع اسم .

وهو فى الإصطلاح : إزالة ملك النكاح بلفظ الخلع أو ما فى معناه مقابل عوض تلتزم به الزوجة أو غيرها للزوج .

وقد ذهب الحنفية فى المفتى به ، والمالكية والشافعية فى الجديد ، والحنابلة فى رواية : إلى أن الخلع طلاق ، وذهب الشافعى فى القديم ، والحنابلة فى أشهر ما يروى عن أحمد إلى أنه فسخ .

٥- التفريق :

التفريق فى اللغة : مصدر فرق ، وفعله الثلاثى فرق ، يقال فرقت بين الحق والباطل ، أى فصلت بينهما ، وهو فى المعانى بالتخفيف ، يقال :

فرقت بين الكلامين وبالتشديد في الأعيان ، يقال : فرقت بين العبدين ، قاله ابن الأعرابي والخطابي : وقال غيرهما : هما بمعنى واحد ، والتشديد للمبالغة .

والتفريق في اصطلاح الفقهاء : إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناء على طلب أحدهما لسبب ، كالشقاق والضرر وعدم الإنفاق، أو بدون طلب من أحد حفظاً لحق الشرع ، كما إذا ارتد أحد الزوجين .

وما يقع بتفريق القاضي : طلاق بائن في أحوال ، وفسخ في أحوال أخرى ، وهو طلاق رجعي في بعض الأحوال .

٦- الإيلاء :

الإيلاء في اللغة الحلف ، من آلى يؤلي إيلاء ، يجمع على ألايا .

وفي الاصطلاح : حلف الزوج على ترك قرب زوجته مدة مخصوصة . وقد حدد القرآن الكريم ذلك بأربعة أشهر في قوله تعالى : ﴿للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر﴾ فإذا انقضت الأشهر الأربعة بغير قرب منه لها طلقت منه بطلقة بائنة عند الحنفية ، واستحقت الطلاق منه عند المالكية والشافعية والحنابلة ، حيث ترفعه الزوجة للقاضي ليخيره بين القرب والفراق ، فإن قربها انحل الإيلاء ، وإن رفض فرق القاضي بينهما بطلقة

٧- اللعان :

اللعن في اللغة : الطرد والإبعاد من الخير ، والمسبة ، يقال : لعنه لعناً ، ولاعنه ملاعنة ، ولعاناً ، وتلاعنوا ، إذا لعن بعضهم بعضاً .

وفي اصطلاح الفقهاء : عرفه الكمال بن الهمام ، بأنه اسم لما يجري بين الزوجين من الشهادات بالألفاظ المعروفة .

وقد سمى باللعان لما فى قول الزوج فى الأيمان : إن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، وذلك وفقاً لقوله سبحانه وتعالى : ﴿ **والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين** ﴾ .

والتحريم بعد اللعان بين المتلاعنين يكون على التأبيد ، أما الطلاق فليس بالضرورة كذلك .

٨- الظهار :

الظهار قول الرجل لإمرأته : " أنت على كظهر أمى " وكان عند العرب ضرباً من الطلاق .

وفى الاصطلاح : تشبيه المسلم زوجته أو جزءاً شائعاً منها بمحرم عليه على التأبيد كأمه وأخته ، بخلاف زوجة الغير ، فإن حرمتها مؤقتة ، ويسمى الظهار بذلك لما غلب على المظاهرين من التشبيه بظهر المحرم ، كقوله لزوجته : " أنت علي كظهر أمى " وإن كان الظهار ليس مخصوصاً بالتشبيه بالظهر .

ولا تفريق بين الزوجين فى الظهار ، ولكن يحرم به الوطء ودواعيه حتى يكفر المظاهر فإن كفر حلت له زوجته بالعقد الأول .

المطلب الثانى

بين الطلاق والفسخ

قلنا فى المطلب السابق أن الطلاق إنهاء لعقد الزواج ، وهو لا يكون إلا من زوج ولا يقع إلا على زوجة فى عقد زواج صحيح ، ولكن الفسخ نقض للعقد من أساسه ، وبه تتهدم آثار العقد ، والفرق على تنوعها كما عرضنا اختلف في كونها طلاقاً أو فسخاً بحيث أصبح من الضرورى التمييز بين الفسخ والطلاق فى الآثار وفى الأحكام الفقهية .

يتميز الطلاق عن الفسخ - كما عرضه الشيخ زكريا البرديسى - بما يأتى :-

أ- الطلاق لا ينقض العقد مطلقاً ولا يزيل الحل إلا فى حالة البينونة الكبرى وإنما ينهى الزواج بلفظ خاص يترتب عليه زوال الملك كما فى الطلاق البائن أو نقصانه كما فى الطلاق الرجعى .

أما الفسخ فقد ينقض عقد الزواج فى بعض الحالات ويجعله كأن لم يكن كالفسخ بسبب خيار البلوغ أو الإفاقة ، وقد لا ينقضه فى بعض الحالات كالفسخ بسبب ارتداد الزوجة عن الإسلام .

ب- إنهاء الزوجية بالطلاق لا يرجع إلى شيء يتنافى مع عقد الزواج ولا إلى شيء يقتضى عدم لزومه لأن الطلاق حق الزوج بمقتضى عقد الزواج فلا يشترط أن تكون هناك أسباب قارنت العقد فجعلته غير لازم أو طرأت بعده فأوجبت عدم استمراره .

أما إنهاء الزوجية بالفسخ فيكون بسبب حالات طارئة على العقد تتنافى مع بقاء الزواج واستمراره كردة الزوجة أو اتصال الزوج بأم زوجته أو ابنتها أو اتصال الزوجة بابن الزوج أو أبيه .

أو بسبب حالات كانت مقارنة للعقد مقتضية عدم لزومه من الأصل كما إذا زوج الصغير أو الصغيرة غير الأب والجد ثم بلغا وكما إذا زوجت الحرة البالغة العاقلة الرشيدة نفسها من غير كفء أو بدون مهر المثل .

والحالات الأولى الطارئة على العقد التى تتنافى مع بقاء الزواج واستمراره لا تكون نقضاً للعقد من أساسه .

أما الحالات الثانية التى تكون مقارنة للعقد مقتضية عدم لزومه من الأصل فهى ناقضة للعقد من أساسه .

والفرق فى الحكم بين الفسخ الذى ينقض العقد من أصله والذى لا ينقضه يظهر فيما يأتى :

١ - إن الفسخ الذى يعد نقضاً للعقد لا يوجب شيئاً من المهر سواء أكان الفسخ من قبل الزوج أو من قبل الزوجة لأن الفسخ فى هذه الحالة نقض للعقد من أساسه والمهر حكم من أحكامه . اللهم إلا إذا اتصل بالمهر ما يؤكده

أما الفسخ الذى لا يعد نقضاً للعقد من أصله فإن كان من قبل المرأة قبل أن يؤكد المهر سقط المهر كله وإن كان من قبل الرجل وجب نصف المهر .

إن التى فسخ زواجها بما هو ناقض للعقد من أساسه لا يلحقها الطلاق فى أثناء العدة فإذا استأنف الزوجان حياة جديدة لا يعد الطلاق الذى حدث فى عدتها من عدد الطلقات لأن الطلاق أثر للعقد وقد نقض فلا يثبت طلاق.

أما التى فسخ زواجها بما لا يعد نقضاً للعقد من أصله يلحقها الطلاق فى أثناء العدة إذا كان استئناف الحياة الزوجية ممكناً فمن ارتدت مثلاً وفسخ زواجها بسبب الردة يلحقها الطلاق فى العدة فإذا طلق الزوج فيها واستأنف الزوجان حياتهما الزوجية بعد ذلك احتسب هذا الطلاق من عدد الطلقات

والفسخ الذى لا يعد نقضاً للعقد ينقسم إلى قسمين :

أ- فسخ يمنع الزواج على التأبيد وهو الفسخ الذى سببه حدوث تحريم بين الرجل والمرأة على التأبيد كأن يقع من الزوج ما يوجب حرمة المصاهرة كأن يتصل بأصل الزوجة أو فروعها .

ب- فسخ يمنع الزواج على التأقيت وهو الفسخ الذى يكون بسبب حدوث تحريم مؤقت بين الزوجين كالردة واللعان وهذا الفسخ الذى يعد نقضاً للعقد من أصله يكون غالباً محتاجاً إلى أمر القاضى لأنه يكون مبنياً على أمور هى محل تقدير بين يدى القضاة .

أما الفسخ الذى لا يعد نقضاً كحدوث ما يوجب التحريم فإنه لا يحتاج إلى القضاء .

جـ- إنهاء الزواج بالطلاق ينقص من عدد الطلقات التى يملكها الرجل سواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً .

أما إنهاء الزواج بالفسخ فلا ينقص به عدد الطلقات التى يملكها الرجل على المرأة .

د- الفسخ لا يقع فى عدته طلاق إلا ما يكون بسبب الردة أو الإباء عن الإسلام . أما الطلاق فيقع فى عدته الطلاق لأن الطلاق لا ينقض العقد ولا يزيل الحل هذا وقد ضبط أئمة المذهب الحنفى كلاً من الفسخ والطلاق بضابط يتميز به كلاهما عن الآخر ولكنهم اختلفوا فى هذا الضابط .

فأبو يوسف يقول : كل إنهاء للزواج يكون بسبب من جانب الزوجة فهو فسخ كردة الزوجة أو إبائها الإسلام وتمكين أب الزوج أو ابنه من نفسها.

وكذلك كل إنهاء للزواج بسبب من جانب الزوج له نظير يفسخ به من جانب الزوجة كردة الزوج أو إبائه الإسلام .

ومما يعتبر فسخاً أيضاً إنهاء الزواج بسبب ملك الزوج زوجته لأن نظير ذلك فى جانب الزوجة يعتبر فسخاً

أما إذا كان إنهاء الزواج بسبب من جهة الزوج وليس لهذا السبب مثيل من جانب الزوجة فإن الإنهاء فى هذه الحالة يكون طلاقاً كإنهاء الزواج بألفاظ الطلاق أو بالعيب فى الزوج مثل الجب والعنة والخصاء .

والإمام محمد لا يختلف عن أبى يوسف فيما ذهب إليه إلا فى شىء واحد فهو يعتبر أن إنهاء الزواج الذى يكون بسبب من جهة الزوج سواء كان له مثيل من جانب الزوجة أو ليس له مثيل يعتبر طلاقا فإنهاء الزواج عنده بسبب ردة الزوج أو إبائه الإسلام يعتبر طلاقاً لا فسخاً .

والإمام أبو حنيفة يوافق محمداً فيما ذهب إليه ولا يخالفه إلا فى ردة الزوج فأبو حنيفة يعتبر إنهاء الزواج بها فسخاً لأنه يرى أن الردة كالموت من حيث إن صاحبها مهدر الدم فإنهاء الزواج بسبب الردة كإنهاء الزواج بسبب الموت ، وبما أن الأخير لا يعد طلاقاً فكذلك الأول .

وإنهاء الزواج سواء اعتبر فسخاً أو طلاقاً منه ما يتوقف على قضاء القاضى ومنه ما لا يتوقف على ذلك .

فالإنهاء المعتبر فسخاً ويحتاج إلى القضاء ما يأتى :-

١- الإنهاء بسبب خيار البلوغ للزوج أو الزوجة إذا كان الزوج غير الأب والجد وكذا الإنهاء بسبب خيار الإفاقة بعد الجنون .

٢- الإنهاء بسبب عدم الكفاءة فى الزواج أو نقصان المهر عن مهر المثل.

٣- الإنهاء بسبب إباء الزوجة غير الكتابية الإسلام عند إسلام زوجها وذلك بالإتفاق . وكذلك الإنهاء بسبب إباء الزوج الإسلام بعد إسلام زوجته عند أبى يوسف .

والإنهاء المعتبر طلاقاً ويحتاج إلى القضاء ما يأتى :

١- الإنهاء بسبب عيب من العيوب التى تكون بالزوج كالجب والعنة.

٢- الإنهاء بسبب إباء الزوج الإسلام بعد إسلام زوجته على رأى الطرفين

٣- الإنهاء بسبب اللعان على رأى أبى حنيفة ومحمد فإن اللعان

طلاق بائن عندهما ، وزاد القانون الإنهاء بسبب الإضرار بالزوجة وبسبب إعسار الزوج بالنفقة وبسبب غيبة الزوج أو حبسه .

أما الإنهاء الذى لا يتوقف على القضاء فإما أن يكون إنهاء معتبراً فسخاً أو إنهاء معتبراً طلاقاً .

فمن الأول :

١- الإنهاء بسبب ملك أحد الزوجين الآخر .

٢- الإنهاء بسبب خيار العتق للزوجة .

٣- الإنهاء بسبب ردة الزوج عن الإسلام وبقاء الزوجة مسلمة عند أبى حنيفة وأبى يوسف .

٤- الإنهاء بسبب ظهور فساد العقد .

ومن الثانى :

١- الإنهاء بلفظ الطلاق أو الإيلاء .

٢- الإنهاء بسبب ردة الزوج عن الإسلام على رأى محمد .

الفصل الثانى

الفرقــة الإراديـــة

لا جدال فى الإسلام فى استقلال الزوج بحق الطلاق ، وله أن يوقعه بإرادته المنفردة ، وله ينيب فيه ، فإذا أناب الغير كان وكيلاً عنه فى إيقاع الطلاق ، وإذا أناب زوجته كانت مفوضة فى طلاق نفسها ، وفى الحالتين يبقى حق الزوج فى الطلاق بإرادته المنفردة ، لا تقيده وكالة ولا يمنعه تفويض .

والفرقة الإرادية نوعان :

الأولى : فرقة بالارادة المنفردة للزوج وهى الطلاق بالمعنى الفقهى الدقيق ، وهى حق خالص للزوج ، ولا يشاركه أحد فيه ، ولا يتولاه غيره إلا بإنابة منه ، فإذا كان ناقص الأهلية لصغر أو جنون فالرأى الراجح أن لا يباشر وليه الطلاق بدلاً منه على الرغم من ثبوت ولاية التزويج له .

وهذا له حكمة بالغة حتى لا يتسلط الولى على الزوجة أو يستبد بأمر الزوجة حتى تكون طيعة له خوفاً من سلطة الطلاق التى تسند إليه .

الثانية : فرقة بإرادة الطرفين وتسمى خلعاً ، ويعتبر الخلع طلاقاً عند جمهور الفقهاء ، ويرى الشافعى فى القديم ، وأحمد فى رواية عنه أنها فسخ .

فالطلاق الإرادى بنوعيه يتم فى غير حاجة إلى قضاء ، فحق الطلاق يكفى فيه إيقاعه من الرجل ، وفى الخلع يتم من الرجل بناء على إتفاق الطرفين الزوج والزوجة .

والفرقة الإرادية التى هى محل الدراسة فى هذا الفصل هى الفرقة بالإرادة المنفردة ، أى الطلاق بالمعنى الفقهى الدقيق .

حكمة تشريع الطلاق :

الإسلام وهو يتفاعل مع الواقع ، يستجيب لضروراته ، ومنها الطلاق فعلى الرغم من دعوة الإسلام المتصلة إلى حسن اختيار رفيقة الحياة ، وأهمية معرفة الخطيبة – شكلاً وعقلاً وقلباً – فقال ﷺ " تخيروا لنطفكم وأنكحوا الأكفاء وأنكحوا إليهم " وقال " تنكح المرأة لأربع : لمالها ، ولحسبها، ولجمالها ، ولدينها ، فاظفر بذات الدين تربت يداك "وقال الرسول ﷺ للمغيرة بن شعبة عندما خطب امرأة " انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما " .

رغم هذا السياج الذى أراد به الإسلام أن يحمى الزوجية من الفشل ، ومنزلها من التداعى إلا أن الحياة العملية تفرز قرارات خاطئة ، وحيوات زوجية فاشلة ، فكان الطلاق علاجاً يدرأ أخطاراً أكبر ونتائج قد تمس الإنسان فى كيانه ومقومات وجوده ، بل وقد تؤدى بالمجتمع نفسه ، وقواعد الإسلام تقدم الضرر الأخف على الضرر الأشد ، وفقاً للقاعدة الفقهية الكلية " يختار أهون الشرين " والقاعدة الفقهية القائلة : " الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"(١) .

ويستأنس فى ذلك بما ورد عن ابن عباس أن زوجة ثابت ابن قيس بن شماس أتت النبى ﷺ فقالت له : " يا رسول الله : ثابت بن قيس ما أعتب عليه فى خلق ولا دين ، ولكننى أكره الكفر فى الإسلام ، قال ﷺ : "إقبل الحديقة وطلقها تطليقة "

وسوف ينقسم هذا الفصل إلى ما يلى :-

المبحث الأول :- ما يقع منه وعليه الطلاق .

المبحث الثانى :- ما يقع به الطلاق

المبحث الثالث :- أنواع الطلاق وما يثبت به

١- راجع أيضا فى ذلك أ) البدائع جـ٣ صـ١١٢ ب) المغنى جـ٧ صـ٩٦-٩٧

المبحث الأول

ما يقع منه وعليه الطلاق

الطلاق – كما يقول الماوردى – لا يصح إلا من زوج ولا يقع إلا على زوجة ، فيختص الزوج بالطلاق ، وإن اشترك الزوجان فى عقد الزواج، وهو أحد التأويلات في قوله تعالى : ﴿ **وللرجال عليهن درجة** ﴾ وأن الرجل يملك الطلاق ولا تملكه المرأة .

فإن قيل لم اشترك المرأة والرجل فى عقد الزواج ، وتفرد الزوج بالطلاق ؟ فذلك عند الفقهاء لأمرين **أحدهما** : أنه لما اشترك الزوجان فى الإستمتاع ، جاز أن يشتركا فى عقد النكاح ، ولما اختص الزوجة بالمؤنة والنفقة ، من صداقة وإنفاق ومتعة ، جاز أن يختص الزوج بإيقاع الفرقة .

والثانى : أن المرأة لم يجعل الطلاق إليها ، لأن عاطفتها تغلبها – فى الغالب الذى تقوم عليه الأحكام – فلم تؤمن معها معالجة الطلاق عند التنافر ، والرجل أغلب لشهوته منها ، وأنه يؤمن منه معالجة الطلاق عند التنافر . وليس هذا نقصاً فى المرأة بل إنه المشاهد الظاهر الذى تبنى عليه الأحكام ، ففى النساء من هن أرجح عقلاً وأضبط عاطفة من كثير من الرجال.

إن الإسلام لا يستعجل الطلاق ، وإنما هو الحل الأخير ، واقتصاديات الزواج كلها على الرجل ، فلن ينهى زواجاً قائماً بأعبائه إلا بعد تفكير عميق، كما لن يبدأ زواجاً جديداً بتكاليفه إلا بعد تدبر وتثبت ، فلأن أعباء الفراق المادية كلها على عاتقه ، كان طبيعياً أن يكون القرار بيده مع التحرز من أن يستبد به أو يتعسف فى إستعماله وكل ذلك راعته الشريعة ، ووضعت من القواعد ما يحول دون كثرة تكراره ، وما يرفع عند وقوعه من أخطاره .

ويتقسم هذا المبحث إلى مطلبين : المطلب الأول : من يقع منه الطلاق .

المطلب الثانى : من يقع عليها الطلاق .

المطلـــب الأول

من يقع منه الطـــلاق

أولاً : الزوج يملك الطلاق :

الزوج هو الفاعل الحقيقى للطلاق ، ولم تسند الآيات القرآنية التفريق بالطلاق إلا إليه يقول تعالى : **﴿وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف﴾** ويقول تعالى : **﴿فإن طلقها فلا تحل من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾** .

فالطلاق هـو الفرقة التـى يملكها الـزوج وحده ، وعبارتـه فيها هـى المعتمـدة ، بإرادتـه المنفـردة ، ولا يسأل الرجل عـن علـة طلاقـه لأسـباب اجتماعية تتعلق بأسرار الأسرة ، وخصوصيات الزوجة ، وقد أكد الرسول ﷺ ذلك فى الحديث المروى عنـه " إنما الطـلاق لمن أخذ بالسـاق " ، وهذا الحديث يفيد عن طريق الحصر الموجود فيه بـألا طـلاق لغير الـزوج ، فمن قواعد اللغة العربية أن إنما تفيد قصر ما يليها على مـا بعده ، وبهذا الحديث يثبت أن الطلاق حق الزوج فلا يملكـه أحد غيره . والنتـائج التشـريعية التـى تترتب على ذلك على ما يلى : -

١- لا يجوز لغير الزوج أن يطلق ، ويطلق الحـاكم عليـه إذا وجدت أسباب الطلاق وامتنع الزوج عن التطليق ، حتى لا يصبـح الطـلاق مستحيلاً وقد توفرت أسبابه ودواعيـه ، يطلـق القاضـى علـى الـزوج بمالـه من ولايـة شرعية .

٢- لا يجوز لولى الصغير أن يطلق عليه زوجته . وهـذا هـو الـرأى الفقهـى الراجـح وعليـه الأحنـاف والشـافعية ومعهـم الزيديـة ، والأمامية مـن الشيعة . إلا أن الأمامية يرون أن ولى المجنون والمعتوه له أن يطلق عليـه ، ويرى المالكية والحنابلة فى المشـهور أن لولـى الصغير والمجنون أن يطلق

عليهم . والقضاء المصرى على ما ذهب إليه الأحناف فليس للولى أن يطلق لأى سبب من الأسباب .

٣- لأن الزوج هو صاحب الحق فى الطلاق ، فإنه متى تلفظ بالطلاق فى أى وقت ، وفى أى مكان يترتب عليه أثره بما دام مستوفياً لأركانه وشروطه ، دون التوقف على أى شىء آخر .

ثانياً : الشروط المتعلقة بالمطلق :

١- **أن يكون زوجاً بالغاً :** والزوج هو من بينه وبين المطلقة عقد زواج صحيح .

وليس أى زوج بل الزوج البالغ ، وقد ذهب الجمهور إلى عدم وقوع[1] طلاق الصغير مميزاً أو غير مميز ، مراهقاً أو غير مراهق ، أذن له بذلك أم لا .

وقد قال الرسول ﷺ قال : ﴿ كل الطلاق جائز إلا طلاق الصبى والمجنون ﴾ ولأن النبى ﷺ قال : ﴿ رفع القلم عن ثلاث عن الصبى حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ ﴾ ثم إن الطلاق لا يخلو من ضرر يلحق بالمطلق فلا يملكه الصغير ولا يملكه الولى ، والحنابلة يفرقون بين الصبى الذى لا يعقل فلا يقع طلاقه باتفاق مع الجمهور ، والصبى الذى يعقل الطلاق ، ويعلم أنه به تبين زوجته وتحرم عليه فيقولون إن طلاقه واقع ، والقانون المصرى على أن طلاق الصبى لا يقع منه ولا من وليه .

٢- **العقل :** العقل آلة يعرف به المرء الحق من الباطل ، والخطأ من الصواب ، ومن الظلم أن يسأل من لا عقل له ، ومن الغبن أن تصحح تصرفات غير العقلاء .

١- راجع آراء المذاهب الإسلامية فى طلاق الصغير : البدائع جـ٣ صـ١٠٠ ، الشرح الصغير جـ٢ صـ٣٦٥ ، مغنى المحتاج جـ٣ صـ٢٧٩ ، كشاف القناع جـ٣ صـ١٤٠

وفى طلاق الولى عند المذاهب الإسلامية راجع د عبد الكريم زيدان : المفصل فى أحكام المرأة : ط٢ سنة ١٩٩٤ الرسالة بيروت جـ٧ صـ٣٨٩-٣٩١

وقد ذهب الفقهاء إلى أن ناقص الأهلية وعديم الأهلية كلاهما لا يعتد بتصرفاته ، وبالتالى لا يصح طلاقه ، فالأهلية تمتنع بموانع طبيعية فى مقدمتها الصغر ، وبموانع مرضية على رأسها الجنون .

أ- **طلاق الصبى** : لا يقع طلاق الصبى ، فالعقل والبلوغ شروط لا بد منها فى المطلق ، وعلى الرأى الراجح ، وطبقاً لما عليه القضاء المصرى فإن طلاق الصبى لا يقع حتى ولو كان مميزاً بالغاً .

ب- **طلاق المجنون** : الجنون اختلال فى ملكة التمييز عند الإنسان ، تجعله لا يعرف الحسن من القبيح ، ولا يقدر العواقب فهو آفة فى العقل تجعله غير أهل للتكليف .

والجنون نوعان : **جنون مطبق** : يمثل حالة مستمرة تتلبس الإنسان فى كل حياته وبالتالى تبطل كل تصرفاته ومنها الطلاق ، فالفقه والتشريع المصرى يقرران عدم وقوع طلاق المجنون جنوناً مطبقاً .

وجنون متقطع : وهو الذى يغيب فيه العقل حيناً ، ويعود صاحبه كما كان عاقلاً أحياناً كثيرة . وحكم الطلاق فى هذه الحالة أنه واقع فى حالة الإفاقة ، غير واقع فى حالة الجنون ، والعلة واحدة هى بقاء العقل فى الأولى، وغيابه فى الثانية . فحيث تزول الأهلية أو تنقص لا يقع الطلاق .

وقد ألحق الفقهاء بالمجنون النائم ، والمغمى عليه والمدهوش .

جـ- **طلاق المعتوه** : - المعتوه - كما يقول ابن عابدين- هو شخص قليل الفهم ، مختلط الكلام ، فاسد التدبير ، لكن لا يضرب ولا يشتم بخلاف المجنون . وأيضاً لا يقع طلاق المعتوه فقهاً وقانوناً لفساد العقل الذى هو مناط التكليف ، ومصدر صحة التصرفات أو اعتبارها شرعاً .

والرأى عندى أن الجنون والعته حالتان مرضيتان لا تثبتان فى حق أحد بغير رأى المختص وهم أهل الخبرة فى هذا المجال . فلا يثبت الجنون بحكم الرجل العادى فقد يدعى الشخص الجنون أو العته فيتخلص من

المسؤولية عن تصرفاته ومن بينها الطلاق ، فكل إنسان بلغ سن العقل طلاقه واقع نافذ حتى يثبت بالدليل القاطع أنه مجنون أو معتوه ، أما الصغر فهو واقعة مادية ظاهرة تثبت بواقعة الميلاد.

د- طلاق السكران[1] : السكر غيبة في العقل ، وحدها عند أبي حنيفة ألا يعلم الأرض من السماء ، وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي : هو أن يختلط كلامه .

ودلالته غيبوبة في العقل ، ونقص في الإدراك ، والسكر نوعان : سكر اختيار وسكر اضطرار .

الأول : سكر الإضطرار : وهو أن يتعطل العقل عن العمل بفعل مباح كشرب الخمر للتداوى ، متى تعين الخمر علاجاً يقول به طبيب ثقة ، وهذه الحالة لا يقع فيها الطلاق باتفاق الفقهاء .

فإذا كان السكر عن جهل أو إكراه ، فالجمهور[1] وبعض الحنفية يرون أن الطلاق هنا لا يقع أيضاً ، لأنه أشبه بالنائم ، بل إن عدم وقوع طلاق السكران في هذه الحالة أولى من عدم وقوع طلاق النائم ، لأن النائم ينتبه بالتنبيه وليس كذلك السكران .

وهذا الرأى صحيح في المنقول والمعقول .

والثاني : سكر الاختيار : وهو السكر بمحظور ، حيث يصبح متعدياً بسكره ، وطلاق السكران باختياره واقع عند جمهور[2] الفقهاء رغم غياب عقله بسكره .

وقد سبق لنا في رسالتنا للدكتوراه عن " أساس المسؤولية الجنائية " أن حققنا هذه المسألة وانتهينا إلى أن العقل هو أساس التكليف ، وغيابه يرتب

١- المغنى : جـ٧ صـ١١٤ حيث يقول ابن علامة إنه لا خلاف بين الفقهاء في ذلك

٢- راجع : البدائع جـ٣ صـ١٠٠ ، مغنى المحتاج جـ٣ صـ٢٧٩ ، الشرح الكبير جـ٢ صـ٣٦٥ ، كشاف القناع جـ٣ صـ١٤٠ ويقول بذلك الزيدين من الشيعة .

عدم صحة تصرفات السكران ومن بينها طلاقه ، ولا فرق بين سكر بمحظور أو عن معصية وسكر بغير ذلك .

والسكر له عقوبته المحددة فى الشريعة ، فلا تثبت به عقوبة أخرى . والرأى عندى أن طلاق السكران - اضطراراً أواختياراً - لا يقع ، وقد اختار ذلك المشرع المصرى فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، مخالفاً مذهب الأحناف ونصت المادة الأولى منه على أن " لا يقع طلاق السكران " .

هـ- **طلاق المدهوش** : وهو حالة من الإنفعال المفاجىء تضطرب فيها الأقوال والأفعال ، وحكمه فى الفقه الراجح عدم وقوع طلاقه ، وهو ما اختاره مشروع قانون الأحوال الشخصية الذى أقره مجمع البحوث الإسلامية

و- **طلاق الغضبان** : الأصل فى الفقه أن الغضب لا أثر له فى صحة التصرفات الشرعية ومنها الطلاق ، إلا أن الغضب الذى يصل إلى حالة الدهش لا بد أن يؤثر فى التصرفات - هذا هو الحق والعدل - وقسم ابن القيم الغضب أقساماً ثلاثة نقلها عنه ابن عابدين وعلق عليها فقال ، **طلاق الغضبان ثلاثة أقسام** :

أحدهما : أن يحصل له مبادئ الغضب بحيث لا يتغير عقله ، ويعلم ما يقول ويقصده وهذا لا إشكال فيه، بل طلاقة واقع .

الثانى : أن يبلغ النهاية ، فلا يعلم ما يقول ولا يريده ، فهذا لا ريب أنه لا ينفذ شئ من أقواله ومنها الطلاق.

الثالث : من توسط بين المرتبتين بحيث يصير كالمجنون ، فهذا محل النظر والأدلة تدل على عدم نفوذ أقواله يقول " ابن عابدين " والذى يظهر لى أن كلا من المدهوش والغضبان لا يلزم فيه أن يكون بحيث لا يعلم ما يقول ، بل يكتفى فيه بغلبة الهذيان .

وهذا ما رآه الفقه المصرى المعاصر فى مشروع الأحوال الشخصية، ونص على عدم وقوع طلاق الغضبان

٣- القصد والاختيار :-

والشرط الثالث من شروط المطلق أن يكون لديه قصد واختيار ، والقصد فى اللغة الموجب للفعل من غير إجبار .

وهذا الشرط يقتضى عرض موقف الفقه من طلاق المكره ، والمخطئ، والهازل ، والسفيه والمريض .

أ- طلاق المكره : ويقصد به حمل الرجل المتزوج على الطلاق بالاجبار بأداة ترهبه فى نفسه أو عياله أو ماله ، وقد ذهب جمهور الفقهاء على أن طلاق المكره لا يقع إذا كان الاكراه شديداً وذلك استناداً لقوله ﷺ : ﴿لا طلاق فى اغلاق﴾ أى إكراه ، وقوله ﷺ : ﴿ إن الله وضع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ﴾ ، وعلة الحكم انعدام القصد والإرادة ، وهذا كله عند الإكراه بغير حق ، أما الإكراه بحق كأن يجبره القاضى على الطلاق فيقع بالإجماع أما الأحناف فيرون وقوع طلاق المكره . ورأى الجمهور هو الأقوى دليلاً والأرجح منطقاً ، وقد اختاره مشروع القانون الجديد للأحوال الشخصية فنص المشروع " على أن طلاق المكره لا يقع " .

ب- طلاق المخطىء : المخطىء شخص جرى لفظ الطلاق على لسانه بلا نية ولا قصد ، فقد أراد لفظاً ونطق بغيره ، وقد ذهب جمهور الفقهاء على عدم وقوع هذا الطلاق قضاء وديانة متى ثبت الخطأ ، ويرى الأحناف أن طلاق المخطئ واقع قضاءً ولا يقع ديانة ، سواء ثبت خطؤه أم لا. وهدفهم فى إيقاعه سد الذريعة وعدم فتح باب الإدعاء بغير حق للتخلص من وقوع الطلاق .

جـ- طلاق الهازل : الهازل يقصد اللفظ ولا يقصد النتيجة ، يقصد التلفظ بالطلاق ، ولا يريد إيقاعه ، وقد اتفق الفقهاء على صحة طلاق الهازل لقول الرسول ﷺ : ﴿ ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة ﴾ .

فالهازل قصد اللفظ الذى ربط الشارع به وقوع الطلاق ، فيقع الطلاق بوجوده مطلقاً . فالهازل يقصد اللفظ ، ولا يقصد الأثر المترتب عليه ، فالقول بوقوع طلاق الهازل هو الموافق لصحيح المنقول ، وصريح المعقول .

د- **طلاق السفيه** : السفه - كما فى موسوعة الفقه - خفة فى العقل تدعو إلى التصرف بالمال على غير العقل والشرع ، وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى وقوع طلاق السفيه ، لأنه مالك لمحل الطلاق . ولأن السفه موجب للحجر على المال ، وهذا تصرف فى النفس ، وهو غير متهم فى حق نفسه ، فإن نشأ عن طلاق السفيه آثار مالية كالمهر فهى " تبع لا أصل " ، والسفيه له أن يزوج نفسه فله أيضاً أن يطلق من باب أولى .

هـ- **طلاق المريض مرض الموت** : مرض الموت هو الذى يغلب على صاحبه الهلاك ، وتتصل به واقعة الموت ، وقد رأى الفقهاء فى مرض الموت حالة قد تؤثر على القصد والاختيار ، وتثير التساؤل حول صحة بعض التصرفات ، خاصة طلاق المريض مرض الموت . ومجمل آراء الفقهاء ما يلى :

الأصل أن طلاق المريض واقع وتصرفه صحيح ، سواء كان المرض عادياً أو مرض موت ، إلا أن طلاق المريض مرض الموت له أحكام خاصة رغم وقوع طلاقه .

فإذا كان الطلاق رجعياً فلا أثر على ميراث الزوجة ، لأنه طلاق لا يزيل الزواج فى الحال . فترث منه فى الطلاق الرجعى ويرث منها .

أما الطلاق البائن بينونة صغرى أو كبرى فرأى جمهور الفقهاء أن الزوجة المدخول بها إذا طلقها الرجل فى مرض الموت بغير طلب منها أو رضا طلاقاً بائناً ، ثم مات وهى فى عدتها منه ، يكون فاراً من إرثها حكماً ، وترث منه رغم وقوع الطلاق فى الحال .

ويرى الشافعية عدم إرث المعتدة من طلاق بائن فى كل الأحوال ، وواضح أن رأى الجمهور ينطبق بشرطين :

الشرط الأول : أن المطلقة البائنة لا ترث إلا إذا كانت أهلاً للميراث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة ، فلو كان بها مانع ميراث كالقتل أو اختلاف الدين فلا ترث حتى لو طلقت فى مرض الموت .

الشرط الثانى : ألا تكون الزوجة قد طلقت طلاقاً بائناً بناءً على طلبها ذلك من الزوج .

ويرى ابن حزم أن طلاق المريض واقع سواء كان فى مرض الموت أو فى غيره ، فلم يأت عند ابن حزم فى نص من الكتاب والسنة ما يفرق بين طلاق المريض وطلاق الصحيح .

المطلب الثانى

من يقع عليها الطلاق

أولاً :– محل الطلاق :

لايقع الطلاق على أية امرأة ، بل محله الزوجة فى زوجية صحيحة ، سواء كان قبل الدخول أو بعده ، فالطلاق أثر من آثار العقد الصحيح ، **ويترتب على ذلك ما يلى :**

١– لا يقع الطلاق فى الزواج الفاسد ، وبعد لفظ الطلاق فيه متاركة، لا تحسب من عدد الطلقات التى يملكها الرجل ، لأن الفرقة هنا ليست طلاقاً ، كما جاء فى " رد المحتار " لابن عابدين " أن المتزوجة بعقد فاسد لو طلقها الرجل ثلاثاً ، له أن يتزوجها بلا محلل ، لأن الطلاق لا يتحقق فى الزواج الفاسد ، ولذا لا ينتقص به العدد فهو متاركة لا طلاق "

٢– لا يقع الطلاق على المرأة بعد الوطء بشبهة ، لانعدام الزوجية أصلاً ، والطلاق لا يرد إلا على عقد زواج صحيح

٣– جمهور الفقهاء على أن المرأة المعتدة من طلاق رجعى يقع عليها الطلاق ، لأن الطلاق الرجعى لا ينهى العلاقة الزوجية قبل انقضاء العدة .

٤– جمهور[1] الفقهاء على عدم وقوع الطلاق على المعتدة من طلاق بائن سواء كانت البينونة كبرى أو صغرى ، لانقضاء الزواج فى الحال بالطلاق البائن حتى مع بقاء العدة .

ويرى الأحناف[2] أن المرأة فى عدة الطلاق البائن بينونة صغرى

١– المغنى جـ٧ صـ٥٩ .

٢– فتح القدير جـ٣ صـ٢١ .

لا تزال زوجة من وجه فيقع عليها الطلاق . ويرى الأحناف يفرق بين المرأة المدخول بها ، والمطلقة قبل الدخول ، الأولى يقع عليها الطلاق فى العدة من طلاق بائن بينونة صغرى ، والثانية لا يقع عليها الطلاق لأن المطلقة قبل الدخول لا عدة لها .

ثانياً : الشروط المتعلقة بالمطلقة :

يشترط فى المرأة التى يقع عليها الطلاق ، عدة شروط هى :

١ - قيام الزوجية حقيقة أو حكماً :

والزوجية الحقيقية تعنى حياة زوجية العشرة فيها مستمرة ، والعلاقة فيها طبيعية بين الزوجين ، والزوجية القائمة حكماً تعنى المرأة المعتدة من طلاق رجعى . أما المعتدة من طلاق بائن فقد عرضنا للخلاف الفقهى حولها. هذا هو حكم الطلاق المنجز ، أما الطلاق المعلق على شرط ، فإذا كانت عند التعليق زوجة صح الطلاق . أما المرأة الأجنبية عند التعليق ثم تزوجها الرجل ، ثم حصل الشرط المعلق عليه ، فإن أضاف التعليق إلى النكاح كأن قال للأجنبية إذا تزوجتك فأنت طالق ، ثم تزوجها طلقت منه عند الأحناف والمالكية ، ولا تطلق عند الشافعية ، وإذا أضافه إلى غير النكاح ، بأن قال للأجنبية : إن دخلت دار فلان فأنت طالق ، ثم تزوجها ، ثم دخلت ، لم تطلق بالإتفاق بين الفقهاء ، وكذلك إذا دخلت الدار قبل الطلاق من باب أولى :

٢ - تعيين المطلقة بالإشارة أو بالصفة أو بالنية :

الرجل قد يتزوج بواحدة ، وقد تتعدد زوجاته إلى أربعة وهو أقصى عدد يجمعه الرجل فى زواج قائم ، فإذا طلق زوجته وهى واحدة فقد تعينت تلفظاً ومعنى حيث لا توجد زوجة غيرها ، والخلاف يحدث عند تعدد الزوجات ، وطرق التعيين فى هذه الحالة ثلاثة الإشارة ، والوصف ، والنية التى يفصح عنها الزوج بعد ذلك .

وقد اتفق الفقهاء على أنه إذا عين الرجل زوجته المطلقة بالإشارة والصفة والنية وقع الطلاق على المعينة وطلقت بالإتفاق .

وإذا أشار إلى واحدة ، من زوجاته دون أن يصفها ، ودون أن ينوى غيرها ، وقال لها أنت طالق وقع الطلاق بالإتفاق أيضاً . وكذلك إذا وصفها دون إشارة ودون قصد غيرها فإنها تطلق ، فإن نوى طلاق واحدة من نسائه دون وصف أو إشارة كما إذا قال إحدى نسائى طالقة ، ونوى واحدة منهن ، فإنها تطلق دون غيرها .

وهذا المبحث دقيق فيه خلاف بين الفقهاء ، أشرنا فقط إلى طرف منه، أما تفصيلاته فقد تناولتها كتب الفقه ونعود إليها عند الحديث عن الصيغة التى يقع بها الطلاق .

المبحث الثاني

ما يقــــع به الطـــلاق

الطلاق ينفصم عرى الزوجية ، ويتم بكل فعل مفهم أن الطـلاق هـو المقصود ، وصور التعبير عن إرادة الطـلاق متعددة ، فقد تكون العبـارة أو الكتابة أو الإشارة ، كما أن صيغه مختلفة فقد يكـون الطـلاق باعتبـار صيغتـه منجزاً ، أو معلقاً على شرط ، أو مضافـاً إلـى زمـن مستقبل ، وكلهـا صيـغ تصلح للطلاق على عكس الزواج الذى يبطل إذا لم يكن منجزاً فى صيغته .

وينقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : صور إرادة الطلاق .

المطلب الثانى : صيغة الطـــلاق .

المطلب الأول

صور إرادة الطلاق

العبارة والكتابة والإشارة كلها صور للتعبير عن إرادة الطلاق ، أباحها الشارع وأجازها الفقه والقانون ، ولكل من هذه الصور شروط لابد من توافرها ليصح التعبير عن الإرادة ، وبالتالي يصح الطلاق .

أولاً : شروط العبارة :

العبارة ألفاظ منطوقة لها دلالة صريحة على ما يريده صاحبها ويشترط فيها ما يلي :

١- العلم بحصول اللفظ وفهم معناه :

اللفظ حادث ، ولا بد من العلم بحصوله إن قطعاً أو ظناً . سواء كانت دلالة اللفظ صريحة أو كنائية ، فالنية وحدها دون التعبير الخارجي عن الإرادة لا يقع بها الطلاق ، لا قضاء ولا ديانة[1] ، ولكنها قد تكون شرطاً لوقوع الطلاق ، والطلاق بالعبارة له صورتان صريح وكنائي .

أ- **الطلاق الصريح** : وتدل عليه ألفاظ وضعت في اللغة والاصطلاح للتعبير عن الطلاق ، أو أصبحت كذلك بتخصيص العرف ، والأولى مثالها لفظ الطلاق وما يتفرع عنه ويشتق منه ، والثانية مثالها قول الرجل لزوجته حرمت على أو أنت على حرام أو محرمة .

واللفظ الصريح من الزوج يقع به الطلاق متى توافرت فيه الشروط الأخرى من بلوغ وعقل وقصد ، ولا يحتاج إلى نية ، بشرط أن ينطق الزوج بلفظ الطلاق ويضيفه إلى زوجته ، فلو لقن غير العربي الذى لا يعرف

١- في الديانة اليهودية يقع الطلاق بالنية . راجع المقارنات والمقابلات ، محمد صبري ط سنة ١٩٠٧ المادة ٤٣٤ صـ٤٠٨ .

العربية لفظ الطلاق وهو لا يعرف معناه ، فقاله لم يقع به الطلاق ، وكذلك لو لقن العربى لفظاً بلغة لا يعرفها يفيد الطلاق ونطق به لا يقع به شيء لا طلاق ولا غيره ، ولا تشترط العربية فى اللفظ فيكفى أن يكون مفهوماً للزوج الذى تلفظ به ، ولا يشترط أن يكون مفهوماً للزوجة لأن الطلاق تصرف انفرادى وليس عقداً يحتاج إلى رضاء وقبول ، وهو تصرف انفرادى لا يتوقف وقوعه على قبول من الزوجة ، فالطلاق واقع أرادت أم لم ترد ، وافقت أو رفضت . وإذا نوى المرء التلفظ بالطلاق ثم لم يتلفظ به لم يقع بالإتفاق ، لأن اللفظ لا يوجد بالنية ، وإنما بالتعبير عنه وإذا حلف المطلق بشيء ثم شك أكان حلفه بطلاق أم بغيره ، فإنه لغو ولا يقع به شيء ، وكذلك إذا شك أطلق أم لا فإنه لا يقع به شيء من باب أولى ، فإن تيقن أو ظن أنه طلق ثم شك فى العدد أطلق واحدة أو اثنين أم ثلاثاً ؟ بنى على الأقل لحصول اليقين أو الظن به والشك فيما فوقه ، والشك لا يثبت به حكم شرعى بخلاف الظن واليقين .

ب- الطلاق الكنائى :

ويكون بالألفاظ التى لم توضع للطلاق أصلاً ، ولم تخصص له بعرف ، ولكن اقترن به ما جعله يفيد الطلاق ، أو يحتمل إرادته ، وحكمه أنه لا يقع به الطلاق إلا بالنية ، فإذا تجرد منها فقد أثره ولم يقع به شيء ، والأحناف يرون أن دلالة الحال قد تغنى عن النية فى بعض حالات الطلاق ، فالطلاق الكنائى يقع عندهم بأمرين ، النية أو دلالة الحال ، والقانون المصرى المعمول به الآن لا يرى وقوع الطلاق بالكناية بدلالة الحال ، بل يشترط فى كل الأحوال نية المطلق وقد نصت المادة الرابعة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى مادتها الرابعة على ما يلى :

كنايات الطلاق ، وهى ما تحتمل الطلاق وغيره لا يقع بها طلاق[1] إلا بالنية ، والنص عدل به المشرع عند مذهب الأحناف ، وأخذ بمذهبى مالك والشافعى .

٢- نية وقوع الطلاق باللفظ :

وهذا هو الشرط الثانى فى العبارة ، ومجال عمله الكنائى من الألفاظ، أما الألفاظ الصريحة فى التعبير عن الطلاق فيقع بها بغير حاجة إلى النية ، وتقوم القرائن والأحوال والعرف مقام النية فى الكنايات عند الأحناف والحنابلة ، ولا عبرة بها عند المالكية والشافعية وهو ما أخذ به القضاء فى مصر بعد القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . وهل يقع الطلاق بلفظ لا يحتمل الطلاق أصلاً لا كناية ولا تصريحاً ؟ كقوله لها اسقنى ماءً إن لم ينو به الطلاق لا يقع به شيء بالإجماع ، وإن نوى به الطلاق وقع به الطلاق عند المالكية فى المشهور عندهم ، ولا يقع به شيء على مذهب الجمهور ، وهو قول ثان عند المالكية .

ورأى الجمهور هو الذى يوافق المنقول والمعقول .

ثانياً : شروط الكتابة :

قد لا يلفظ الزوج بالطلاق ، لعجز أو عدم رغبة ، فالكتابة يمكنها أن تحل مكان الألفاظ فى التعبير عن إرادة المطلق بالشروط الآتية :

١- أن تكون الكتابة مستبينة :

ويقصد بها أن تكون مكتوبة على شيء ظاهر باق ، لأنها صورة تعبير ودليل إثبات ، وبناء على هذا الشرط فإن جمهور الفقهاء يرى أن الكتابة غير المستبينة كمن يكتب على الماء أو فى الهواء لا يقع بها طلاق ، فهى لغو لا يثبت بها شيء .

١- هذا هو الرأى الراجح عند جمهور الفقهاء

٢ - أن تكون مرسومة :

وهذا الشرط الثانى فى الكتابة حتى يترتب عليها أثرها ، والكتابة المرسومة هى التى تكون لها وجهة وعنوان ، كأن يكتب الزوج إلى الزوجة كتاباً بعنوانها ويرسله إليها وفيه إذا وصلك كتابى هذا فأنت طالق ، فالكتابة هنا مرسومة ويصح بها الطلاق كأنه لفظ صريح دون حاجة إلى النية ، وإذا كانت الكتابة بغير عنوان الزوجة لا يقع الطلاق حتى مع صراحة اللفظ إلا إذا قال نويت الطلاق . وذلك لأن الكتابة فى هذه الحالة تحتمل أنه يريد الطلاق ، وتحتمل أنه يريد التمرين على الكتابة ، فلا يتعين أحد الاحتمالين إلا بنية الزوج .

ثالثاً : شروط الإشارة :

الإشارة دائماً بدل ، فهى لا تقبل فى كل الأحوال ، فإذا كان المطلق قادراً على النطق لا يقع طلاقه بالإشارة ، لأنه لا تكون بديلاً عن العبارة إلا عند العجز المطلق عنها . وخالف فى ذلك المالكية .

أما الأخرس الذى لا يقدر على النطق ، فقد اختلفوا فى إشاراته إذا كان يحسن الكتابة ، فالجمهور يرى وقوع الطلاق بإشارته ، والأحناف اشترطوا لوقوعه عجزه عند الكتابة .

ويتجه الفقه المعاصر في مشروعات القوانين الخاصة بالأحوال الشخصية فى مصر إلى أن الطلاق لا يقع بالكتابة إلا للعاجز عن العبارة ، ولا يقع بالإشارة إلا للعاجز عن العبارة والكتابة ، وهو اتجاه محمود فيه اعتداد بالدلالة الأقوى ، بدلاً من تقسيم الإشارة إلى مفهومة وغير مفهومة . وقد دار الخلاف حولها فى المذاهب الفقهية ، وقالوا إذا كانت الإشارة مفهومة يقع بها الطلاق بغير نية ، وإذا كانت غير مفهومة وقع الطلاق بشرط النية ، وهذا التفريع لا يلائم الواقع لأن إشارة الأخرس فهمها نسبى . وقد يفهمها بعض من يراها ولا يفهمها البعض ، فهى أشبه باللغة التى يختلف الناس فى

إجادتها ... وهذا ما انتهى إليه فى هذا الشأن مشروع قانون الأحوال الشخصية الذى أقره مجمع البحوث الإسلامية حيث نص فى المادة ١٠٦ منه على وقوع طلاق العاجز عن الكلام والكتابة بإشارته المفهمة .

المطلب الثانى

صيغة الطـــلاق

الأصل فى الطلاق التنجيز ، إلا أنه يقبل الإضافة والتعليق باتفاق الفقهاء ، وهو فى هذا يختلف عن الزواج الذى لا يقبل الإضافة ولا التعليق ، بل لا بد أن تكون صيغته منجزة فى كل الأحوال ، والطلاق باعتبار صيغته ينقسم إلى طلاق منجز ، وطلاق مضاف ، وطلاق معلق .

أولاً : الطلاق المنجز :

الطلاق المنجز هو الذى خلت صيغته من التعليق أو الإضافة ، وقصد صاحبه وقوعه فى الحال ، ومثاله أن يقول الرجل لزوجته أنت طالق ، وحكم الزواج المنجز ما يلى :

١- أنه ينعقد سبباً للفرقة بين الزوجين فى الحال ، متى صادف محلاً له .

٢- أنه يترتب عليه آثاره على الفور ، فلا تتراخى إلى زمن مستقبل طالما توافرت شروطه ، وصح صدوره من المطلق .

ثانياً : الطلاق المضاف (١):

وهو ما اقترنت صيغته بوقت يقصد وقوع الطلاق فيه ، كقوله أنت طالق آخر الشهر ، أو فى الشهر القادم ، ويشترط فيه ما يلى :

١- أن تكون المرأة محلاً للطلاق عند صدور صيغة الطلاق المضاف .

٢- أن تظل محلاً للطلاق حتى حلول الوقت الذى أضيف إليه الطلاق.

وحكم الطلاق المضاف عند جمهور الفقهاء ، أنه ينعقد سبباً للفرقة فى الحال ، ولا يقع به الطلاق إلا عند حلول أجله ، فإذا قال لها أنتِ طالق آخر

١- راجع آراء الفقهاء فى الطلاق المضاف بالتفصيل ، عبد الكريم زيدان : المفصل فى أحكام المرأة المرجع السابق جـ٧ صـ٤٦٢-٤٧١ .

الشهر ، فلا تطلق حتى ينتهى الشهر ، وهى قبل ذلك زوجة لها كل حقوق الزوجة ، وعليها كل واجبات الزوجة ، وتحكمها كل قواعد الحياة الزوجية .

وذهب المالكية إلى أنه إذا أضاف طلاقه إلى زمن مستقبل كأن قال لها أنت طالق بعد سنة ، طلقت للحال طلاقاً منجزاً ، وكذلك إذا أضافه إلى الزمن الماضى قاصداً الإنشاء ، كقوله أنت طالق أمس فإنها تطلق فى الحال . وفي التشريع المصرى كما جاء في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى مادته الثانية أن الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل يقع عند حلول الزمن المضاف إليه بشرط ألا يقصد منه الزوج حمل الزوجة على فعل أو ترك وإلا كان باطلاً لا يقع به شيء .

ثالثاً : الطلاق المعلق (١):

الطلاق المعلق هو ما جعل الزوج فيه حصول الطلاق معلقاً على حصول شيء آخر .

وقد يكون الشيء الآخر فعلاً للمطلقة أو المطلق ، أو لم يكن فعل أحد كأن يقول بها أنت طالق إذا طلعت الشمس .

فإذا كان فعل المطلق أو المطلقة سمى يميناً لدى الجمهور مجازاً، وذلك لما فيه من معنى القسم ، وإذا كان معلقاً لا على فعل أحد فهو التعليق الحقيقى لانتفاء معنى اليمين . وقد أتفق جمهور الفقهاء على صحة تعليق الطلاق ويمين الطلاق . فإذا حصل الشرط المعلق عليه وقع الطلاق. والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى مصر يقضى بوقوع الطلاق المعلق عند حصول شرطه ما لم يقصد الزوج بالتعليق الفعل أو الترك فلا يقع به شيء .

١- المرجع السابق : صـ٤٧١-٤٨٤ .

١- شروط صحة التعليق :

يشترط لصحة التعليق ، وقوع الطلاق به ثلاثة شروط هي :

أ- أن يكون الشرط المعلق عليه معدوماً عند التعليق ، ويمكن أن يوجد في المستقبل ، فإن كان التعليق على أمر موجود فعلاً فهو طلاق منجز حقيقة معلق صورة .

ب- أن تكون المرأة عند صدور الصيغة محلاً للطلاق بأن تكون في عصمته ، أو في عدة من طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى ، وإلا لا يصح التعليق لأنها تكون أجنبية عنه ، حتى ولو كانت في عدة طلاق بائن بينونة كبرى .

جـ- أن تظل كذلك حتى حصول المعلق عليه ، فلو طلقت طلاقاً منجزاً قبل حصول الشرط وبعد انتهاء العدة ، فالطلاق المعلق لا يقع لأنه لم يصادف محلاً ، فقد أصبحت المرأة أجنبية عنه .

د- أن يكون التعليق متصلاً بالكلام ، ولا يقصد به المجازاة ، فإذا لم يتصل التعليق بالكلام لغا التعليق ووقع الطلاق منجزاً ، وإذا قصد بالتعليق المجازاة ، وقع الطلاق منجزاً وترتب عليه أثره في الحال.

٢- يمين الطلاق :

وهو غير التعليق ، ويقصد به الزوج تقوية عزيمته على إتيان أمر معين أو تركه ، فيحلف بالطلاق بدلاً من الحلف بالله تعالى ، ومثاله أن يقول الزوج على الطلاق لأفعلن كذا غداً أو بعد غد ، أو على الطلاق إذا زرت بيت فلان أو فلانة ، فما حكم هذه الإيمان ؟

للإجابة على هذا السؤال - كما يقول الدكتور يوسف موسى - ينبغي أن نذكر أن الطلاق لم يشرعه الله تعالى لمثل هذه الأغراض ، بل لحل رابطة الزوجية ولذلك ينبغي ألا يقع الطلاق بهذه الإيمان أمثالها متى كان القصد منه ليس الطلاق ، وهذا ما أخذ به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، فقد

... ما دام الزوج لا يقصد وقوع الطلاق ، بل التهديد والتخويف والحمل على فعل شيء أو تركه ، ولهذا نصت المادة الثانية من هذا القانون الذى يحكم القضاء المصرى فى الأحوال الشخصية "لا يقع الطلاق غير المنجز – أى المعلق – إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير " .

المبحث الثالث

أنواع الطلاق وطرق إثباته

ينقسم الطلاق إلى أنواع ، وتتعدد طرق إثباته في الشرع والقانون ، فينقسم باعتبار حظره إلى طلاق سني ، وطلاق بدعي وينقسم باعتبار صيغته إلى منجز ومضاف ومعلق ، وقد عالجنا ذلك في المباحث السابقة كل في مكانه ، كما ينقسم الطلاق باعتبار أثره إلى رجعي وبائن .

أما إثبات الطلاق فله صور عديدة منها الإشهاد ، ومنها التوثيق ولكل أحكامه في الفقه ونصوصه في مواد الأحوال الشخصية .

وينقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : أنواع الطلاق باعتبار أثره .

المطلب الثاني : ما يثبت به الطلاق .

المطلب الأول

أنواع الطلاق باعتبار أثره

ينقسم الطلاق باعتبار أثره إلى نوعين ، طلاق رجعي ، وطلاق بائن، والبائن له صورتان ، البائن بينونة صغرى ، والبائن بينونة كبرى ، ولكل أحكامه ، سواء فيما يتعلق برفع آثار الزواج ، أو بإمكانية استئناف الحياة الزوجية .

أولاً : الطلاق الرجعي :

وهي ما يجوز معه للزوج رد زوجته إلى عصمته ، من غير استئناف عقد . أي بدون عقد جديد ، وللطلاق الرجعي صورتان هما :

١- ما لا يفتقر إلى نية في وقوعه ، وهو الذي يكون بألفاظ الطلاق الصريح ، والتي لا تستعمل في سواه ، كأنت طالق ، وأنت مطلقة ، وبشرط ألا يوصف الطلاق بالشدة ، أو العظم كأنت طالق أشد الطلاق ، لأنه في هذه الحالة يقع بائناً .

٢- ما يفتقر إلى النية في وقوعه ، وهي الذي يجيء في لفظ اعتدى أو استبرئ رحمك أو أنت واحدة ، فهذه الألفاظ وإن كانت من كنايات الطلاق إلا أن الطلاق لا يتم بها إلا إذا نواه المطلق ويقع رجعياً .

وقد نصت المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على ما يلي " كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث ، والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال ، وما نص على كونه بائناً في هذا القانون والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ " وقد جاء في المذكرة الإيضاحية أن القانون أخذ بمذهب الإمامين مالك والشافعي في أن كل طلاق يقع رجعياً إلا ما استثنى في المادة الخامسة.

ويترتب على الطلاق الرجعي ما يلي .

١- بقاء الزوجية كما هي ، لأن الطلاق الرجعي لا يرفع قيد الزواج في الحال بل بالمال ، فيبقى الزوج زوجاً وله حل الاستمتاع عند جمهور الفقهاء إلا الشافعي الذي يرى أن الطلاق الرجعي يزيل حل الوطء إلا إذا راجع الزوج زوجته .

٢- ومن أحكام الطلاق الرجعي ، نقصان عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته ، فإذا طلقها واحدة ، ثم راجعها بقيت عليه لها تطليقتان ، وإن طلقها اثنتين ثم راجعها لم يبق له إلا طلقة واحدة ، وإن طلقها بعد المراجعة الثانية فقد استكمل الثلاث التي له ، ولم يبق له شئ .

٣- من أحكام الطلاق الرجعي باتفاق الفقهاء ، وهو ما يترتب على القول ببقاء الزوجية في الطلاق الرجعي طالما كانت الزوجة في العدة أن يتم التوارث بين الزوجين إذا مات أحدهما قبل انتهاء العدة ، ولا يحل مؤجل الصداق إلا بعد انقضائها ، وليس للزوج أن يتزوج أحداً من محرمات الزوجة كأختها ، وكل ما لا يجوز الجمع بينه وبين هذه المطلقة في عصمة واحدة ، طالما لم تنته العدة ، لبقاء الزوجية بكافة أحكامها .

٤- ومن أحكام الطلاق الرجعي أن الزوج يستطيع استئناف الحياة الزوجية مع مطلقته رجعياً وهي في العدة ، بغير مهر جديد ، وبدون عقد جديد ، وبدون رضاها ، وتلك هي الرجعة أو المراجعة .

٥- عدم حلول مؤجل الصداق . حيث أجله الطلاق وهو لا يتم إلا بعد انتهاء العدة .

احكام الرجعة فى الفقه والقانون :

أ- أحكام الرجعة فى الفقه الإسلامى[1] :

الرجعة - على الرأى القائل بأن الطلاق الرجعى يترتب عليه الطلاق فى المآل - هى استدامة الملك ومنعه من الزوال ، فهى ليست إنشاء لعقد زواج جديد ، فلم يشترط فيها مهر جديد ولا رضاء جديد وهى عند الشافعية " رد المرأة إلى الزواج من طلاق غير بائن على وجه مخصوص " . والدليل على مشروعية الرجعة قوله تعالى فى سورة البقرة : ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروؤ ، ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن إن كن يؤمن بالله واليوم الآخر، وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك إن أرادوا إصلاحاً﴾ فالآية تشير إلى أمرين هما : استمرار الحياة الزوجية ، وحق الزوج فى المراجعة . وفى السنة أدلة كثيرة على مشروعية الرجعة منها ما روى أن الرسول ﷺ أمره الله بمراجعة حفصة لما طلقها .

وأحكام الرجعة من النظام العام الإسلامى ، فلا يملك الزوج إسقاط حقه فيها ولو بالاتفاق ، وما يجرى خلاف ذلك باطل[1] لا أثر له .

والرجعة تتم بالقول وبالفعل ، وقد اختلف الفقهاء فى حكم كل منهما .

الرجعة بالقول :

لا خلاف بين الفقهاء على أن الرجعة تتم باللفظ الصريح الذى لا يحتمل إلا معنى الرجعة ، كقول الزوج راجعت زوجتى الى عصمتى .

أما الألفاظ غير الصريحة التى تدل على الرجعة كقوله أنت امرأتى، أو لا أتركك ، فهى رجعة صحيحة بشرط نية الرجعة من الزوج ، وهذا ما يراه الأحناف والمالكية والشافعية ، والحنابلة فى رواية لهم .

١- الفتاوى الهندية مرجع سابق جـ١ صـ٤٧٠ ، مغنى المحتاج مرجع سابق جـ٣ صـ٣٣٧ .

ويرى الظاهرية ، والشيعة والحنابلة في رواية أن الرجعة لا تصح باللفظ غير الصريح لدخول الاحتمال فيه ، وإعلام الزوجة الغائبة بالرجعة مهم ، وهو واجب عند البعض ، ومندوب عند الآخرين .

الرجعة بالفعل :

الرجعه بالفعل هى الاتصال بالزوجة وما يسبقه وما يترتب عليه وقد اختلف الفقهاء في صحتها .

فالشافعية [1] والظاهرية لا تصح المراجعة عندهم بالفعل ، لأن الوطء قبل المراجعة حرام ، والرجعة نعمة والنعمة لا تنال بمحظور .

ويرى جمهور الفقهاء منهم المالكية والحنابلة والشيعة أن الرجعة تصح بالفعل مع خلاف بينهم حول اشتراط النية ، ويفرق الأحناف بين المراجعة بالفعل من جهة الزوج ، ومن جهة الزوجة ، فإذا راجع الزوج زوجته بالفعل ، صحت قولا واحداً ، وإذا جاء الفعل من قبل الزوجة ولم يمانع الزوج فالرجعة صحيحة بالاتفاق ، أما إذا امتنع الزوج أو تمت المراجعة دون علمه ، فالرجعة تصح عند أبي حنيفة ومحمد ولا تصح عند أبي يوسف .

* **شروط الرجعة :**

الأصل في الرجعة أن تكون بعد طلاق رجعي ، فلا رجعة بعد فرقة لا تعتبر طلاقاً ، وشروطها ما يلي :-

أن تقع الرجعة في العدة :

لأنه بانتهاء العدة لا تتم مراجعة ، ولا تصح رجعة ، ولا استئناف للحياة الزوجية إلا بعقد جديد تتوافر شروطه وأركانه ، والمرأة التي لا عدة عليها كغير المدخول بها لا رجعة عليها ، لأن الطلاق قبل الدخول يقع بائناً .

١- مغني المحتاج جـ٣ صـ٣٣٥ .

الإشهاد على الرجعة :

جمهور الفقهاء[1] وهم الأحناف والشافعية والمالكية والزيدية والشيعة الإمامية وأحمد في رواية أن الإشهاد ليس بشرط ولكنه مندوب يستحب فعله .

وذهب ابن حزم[2] والشافعي في القديم وأحمد في رواية عنه الى أن الإشهاد على الرجعة شرط في صحتها .

أن تكون الرجعة منجزة :

فإذا جاءت مضافة إلى زمن مستقبل أو معلقة على شرط ، لا تصح الرجعة ، فهي أشبه بالزواج الذى تشترط فيه الصيغة المنجزة .

ب- الرجعة في القانون وفي القضاء المصرى :

ليس في القانون المصرى نص يتعلق بالرجعة ، والقضاء فيها على أرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة ، وعنده تتم الرجعة بالقول صريحاً كان أو كنائيا كما تتم بكل فعل موجب لحرمة المصاهرة كالأتصال الجنسي والتقبيل ، والإشهاد على الرجعة ليس بشرط عند الأحناف فتصح بدونه ، ولكنه مندوب يستحب فعله منعاً للتجاحد ، ولا يشترط أيضاً علم الزوجة بالرجعة

وقد أخذ قانون العائلة العثماني برأى الأحناف ونص في الفقرة الثانية من المادة ١١٢ على أن للزوج حق إرجاع زوجته قولاً أو فعلاً .

وفي حالة الاختلاف بشأن الرجعة بين الزوجين فهو على صورتين:-

الصورة الأولى : الاختلاف في حصول الرجعة : وله حالتان :

- الخلاف حال العدة : فإذا قال الزوج أنه راجعها أثناء العدة وأنكرت الزوجة دعواه ، فالقول للزوج ، لأنه يخبر عن أمر يملك إنشاءه في الحال فلا داعي لتكذيبه فيه .

١- المغنى جـ٧ صـ٣٧٨ ٢- المحلى جـ١ صـ٢٥٣ .

- الخلاف بعد العدة : إذا انقضت العدة ، ونشأ الخلاف في حصول الرجعة ، فالبينة على مدعى الرجعة فإن لم تكن له بينة ، فالقول للزوجة بيمينها على أرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة .

الصورة الثانية : الاختلاف فى صحة الرجعة :

والخلاف هنا لا يثور إلا إذا كانت المرأة ممن يعتد بالحيض ، وفى هذه الحالة إذا ادعى الرجل صحة الرجعة ، وأنكرت المرأة لحصولها بعد العدة ، فالقول للزوجة بيمينها ، بشرط انقضاء وقت يحتمل ذلك من تاريخ الطلاق بأن يكون ستين يوماً فأكثر على الراجح عند الأحناف ، ونكول الزوجة إقرار بدعوى الزوج ، وللزوج أن يثبت بالبينة أنه أرجع زوجته فى العدة فيقضى له ، والرجعة حق ثابت للرجل بنص الشارع ، فلا ينتهى بالإسقاط كحق الإرث سواء بسواء .

وقد جاءت أحكام الطلاق الرجعى والرجعة فى بعض المدونات المعاصرة على النحو التالى :

فى كتاب قدرى باشا : « الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية مادة (٢٣٠) الطلاق الرجعى بواحدة كان أو اثنين .. لا يرفع أحكام النكاح ، ولا يزيل ملك الزوج قبل مضى العدة بل لا تزال الزوجية قائمة ما دامت المرأة فى العدة ، وإنما تعتكف فى بيتها المضاف إليهما بالسكنى ويندب جعل سترة بينها وبين زوجها ، ونفقتها عليه مدة العدة ، ولا يحرم دخوله عليها ولو من غير إذنها ، ويجوز له الإستمتاع والوقاع ويصير بذلك مراجعاً . وإذا مات أحدهما قبل إنقضاء العدة ورثه الآخر ، سواء طلقها زوجها فى حال صحته أو فى حال مرضه برضاها أو بدونه ».

مادة (٢٣١) كل من طلق زوجته المدخول بها حقيقة تطليقة واحدة رجعية أو تطليقتين ... فله أن يراجعها ولو قال لا رجعة لى بدون حاجة إلى تجديد العقد الأول ، ولا إلى اشتراط مهر جديد ما دامت فى العدة سواء

علمت بالرجعة أو لم تعلم ، وسواء رضيت بها أو أبت ، ولا يملك الرجعة بعد العدة ، ولا رجعة فى عدة المطلقة بعد الخلوة ولو كانت الخلوة صحيحة .

مادة (٢٣٢) تصح الرجعة قولاً براجعتك ونحوه خطاباً للمرأة أو راجعت زوجتى إن كانت مخاطبة ، وفعلاً بالوقاع ودواعيه التى توجب حرمة المصاهرة ولو اختلاساً منها أو منه .

مادة (٢٣٣) يلزم أن تكون الرجعة منجزة فى الحال ، فلا يصح إضافتها إلى وقت مستقبل ولا تعليقها بشرط .

مادة (٢٣٤) الرجعة صحيحة بلا شهود وبلا علم المرأة إلا أنه يندب للمراجع أن يعلم المرأة بها إذا راجعها قولاً ، وأن يشهد شاهدين عدلين عليها ولو بعد حصولها فعلاً .

مادة (٢٣٥) تنقطع الرجعة وتملك المرأة عصمتها إذا طهرت من الحيضة الأخيرة لتمام عشرة أيام وإن لم تغتسل .

مادة (٢٣٦) إذا وقع نزاع بين الزوجين ، فادعت المعتدة انقضاء عدتها بالحيض وادعى الزوج عدم انقضائها وأن له حق الرجعة تصدق المرأة بيمينها ، وتخرج من العدة إن كانت المدة تحتمله وأقل مدة عدة بحيض ستون يوماً ....

مادة (٢٣٧) الرجعة لا تهدم الطلقات السابقة ، بل إذا راجع الزوج إمرأته بعد طلقتين ثم أوقع عليها الثالثة زال ملكه وحلها له إلى أن تتزوج زوجاً غيره بنكاح صحيح ويفارقها بعد الوطء فى القبل بطلاق أو موت .

ومثل ذلك جاء فى مشروع قانون الأسرة الموحد إلا فى المواد الآتية:

مادة (١٥٦) يشترط فى الرجعة بالقول :

أ- أن تكون منجزة .

ب- أن تكون بحضرة شاهدين رجلين أو امرأتين .

مادة (١٥٧) إذا كانت الرجعة فى غيبة الزوجة يشترط أن تعلم بها ويراعى فى إثبات العلم حكم المادة ١١٠ من هذا القانون .

وقد نصت المادة ١١٠ فى فقرتها الثانية على أن يثبت العلم بكافة طرق الإثبات ومنها القرائن وإخبار الواحد بشرط أن يكون عدلاً .

وقد نص قانون حقوق العائلة العثمانى على أحكام الطلاق الرجعى والرجعة فى المواد ١١٢، ١١٣، ١١٤، ١١٥، وكلها على الراجح فى مذهب الإمام أبى حنيفة .

ثانياً : الطلاق البائن :

الطلاق البائن : هو الطلاق الذى يرفع قيد الزواج فى الحال ، ولا تستأنف الحياة الزوجية بعده إلا بعقد جديد ، ومهر جديد ، ورضاء جديد ،

والطلاق البائن نوعان :-

١- الطلاق البائن بينونة صغرى :

وحكمه أنه يزيل عقد الزواج ولا يرفع حل المرأة ، أى لا تثبت به حرمة مؤقتة ، فإذا طلق الرجل زوجته طلقة بائنة واحدة أو اثنتين ، جاز له العودة إليها فى العدة وبعدها ، ولكن ليس له أن يراجعها فلا بد من عقد جديد بكل شروط انعقاده وصحته ولزومه ونفاذه . والمطلقة بائناً تعد أجنبية عن المطلق فليس لهما الأستمتاع أو الخلوة ولو فى العدة ، ويحل بالطلاق البائن مؤخر الصداق ويمتنع التوارث بينهما حتى لو مات أحدهما فى العدة ، إلا إذا تم الطلاق فى مرض الموت وقصد الرجل حرمان زوجته من الميراث فيعد بذلك فاراً من ميراثها ويعامل بخلاف مقصوده ، فترث الزوجة إذا حدثت الوفاة بعد مرض الموت فى عدة الطلاق البائن بينونة صغرى .

وحالات الطلاق البائن هى :

أ- الطلاق قبل الدخول لأنه لا تجب به العدة .

ب- ... بعد الخلوة الصحيحة ودون الدخول الحقيقي . فالعدة فيه تثبت احتياطياً للنسب فلا تصح فيها الرجعة على مذهب القانون المصرى أخذا بأقوال الشافعى ومالك ، لأن الطلاق بعد الخلوة عندهما هو طلاق قبل الدخول .

جـ- الطلاق على مال : فهو أيضاً طلاق بائن لأن أساسه العوض من الزوجة لتملك عصمتها ، ولا يتحقق لها ذلك إلا ببينونة الطلاق والقول بغير ذلك عبث بأحكام الشارع ، ومخالف لمقاصد الطلاق على مال .

د- الطلاق البائن بنص القانون : وقد جاء ذلك على النحو التالى :

التطليق البائن فى القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٢٠ :

كل طلاق للعيب يقع بائناً طبقاً لنص المادة ٩ من المرسوم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ونصها " للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر . سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به ، فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة فلا يجوز لها التفريق" .

ومثال المرض المستحكم الجنون الجزام والبرص وما يلحق بهم من الأمراض الخطيرة ، والفرقة التى تحصل بالعيب طلاق بائن سواء كانت قبل الدخول أو بعده حتى يتحقق الغرض المقصود من التفريق بهذا السبب .

التطليق البائن فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والمعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

وفقاً لهذا القانون يقع الطلاق بائناً فيما يلى :-

أ- التطليق بسبب إضرار الزوج بزوجته ، بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما ، وذلك بنص المادة السادسة .

ب- التطليق بسبب الضرر من التزوج بأخرى إذا توافرت شروط النص وفقاً لحكم الفقرة الثانية من المادة الحادية عشرة .

جـ- التطليق الذى تطلبه الزوجة عند استحكام الخلاف بين الزوجين عند نظر اعتراض الزوجة على دعوتها لمنزل الزوجية - بشروط النص- طبقاً للنص السابق .

د- التطليق لغيبة الزوج طبقاً لنص المادة الثانية عشرة ، والثالثة عشرة . والتطليق بسبب حبس الزوج طبقاً لنص المادة الرابعة عشرة .

والقانون هو مصدر صفة البينونة فى هذه الحالات من الطلاق ، أخذاً بغير ما ذهب إليه الأحناف طبقاً لسلطة ولى الأمر فى اختيار الأحكام الملائمة من كافة المذاهب وتخصيص القضاء بها .

٢- الطلاق البائن بينونة كبرى :

وهو يزيل الملك والحل معاً ، وتثبت به حرمة مؤقته ، فلا يمكن أن يجمع الرجل والمرأة فيه زواج جديد ، إلا بعد أن تتزوج المرأة زواجاً جديداً صحيحاً ، ويدخل بها الزوج الجديد دخولاً حقيقياً ، ثم يفارقها بطلاق أو وفاة، وتنتهى عدتها من هذا الزواج الجديد .

والطلاق البائن بينونة كبرى هو الطلاق المكمل للثلاث .

وهذا يقتضى التفصيل فى أمرين هما :

أ- الطلاق المكمل للثلاث فى القانون المصرى :

أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى مسألة الطلاق المكمل للثلاث بحكم خالف فيه المذاهب الأربعة ، واعتبر الطلاق الثلاث بلفظ واحد لا يقع إلا طلقة واحدة ، ونصت المادة الثالثة على أن " الطلاق المقترن بعدد أو إشارة لا يقع إلا واحدة " .

وفى الفقهين القديم والحديث اختلافات حول وقوع الطلاق الثلاث واحدة ، أو ثلاثاً ، والرأى عندى أن المشرع المصرى قد اختار الأنسب إجتماعياً فى قضية الطلاق الثلاث بلفظ واحد .

ب- مسألة هدم الطلاق :

الهدم اصطلاح لدى الفقهاء عند حديثهم عن الطلاق الثلاث ، وعدد الطلقات الذى يملكه الزوج القديم إذا عاد إلى مطلقته بعد أن تزوجت بآخر زواجاً صحيحاً وفارقها بوفاة أو طلاق ، ويمكن إيجاز آراء الفقهاء فى هذه المسألة فيما يلى :-

اتفق الفقهاء على أن الزوج إذا طلق زوجته ثلاثاً ، ثم تزوجت من غيره بعد عدتها ودخل بها ، ثم عادت إليه بعد بينونتها من ذلك الغير وانقضاء عدتها منه ، أنه يملك عليها ثلاث تطليقات .

كما اتفقوا على أنه إذا طلقها بما دون الثلاث ثم تزوجها - دون أن تتزوج بعده من آخر - أنه يملك ما بقى له من التطليقات إلى الثلاث فقط .

فإذا طلقها بما دون الثلاث ، فتزوجت من غيره بعد عدتها ودخل بها، ثم عادت إليها بعد بينونتها من ذلك الغير وانقضاء عدتها فقد انقسم الفقه إلى رأيين :-

الرأى الأول : وهو رأى جمهور الفقهاء وفيهم محمد بن الحسن من الحنفية ، يرى أن ذلك الزوج لا يملك على هذه الزوجة إلا ما بقى له إلى الثلاث من الزواج القديم .

الرأى الثانى : وذهب إليه أبو حنيفة وأبو يوسف ، يرى أن الزوج الذى عاد يملك على زوجته فى هذه الحالة ثلاث تطليقات ، وقد انهدم ما أبانها سابقاً به ، ومن هنا سميت هذه المسألة بالهدم ، وقد اختلف فقهاء الأحناف فى الرأى الراجح عندهم ، فأكثرهم قالوا بترجيح رأى محمد بن الحسن الذى يوافق رأى الجمهور ، وبعضهم رجح قول الشيخين أبى حنيفة

وأبي يوسف ، ولا شك أن الوصول إلى رأى في هذه المسألة له أهميته لأن القضاء المصرى وفق اللائحة الشرعية مخصص بأرجح الأقوال في مذهب أبي حنيفة .

المطلب الثانى

ما يثبت به الطلاق

الإشهاد فى الزواج شرط صحة ، وقد رأى البعض زيادة فى الاحتياط لإثبات الطلاق أنه شرط صحة فيه أيضا" ، فلا يقع الطلاق إلا بالإشهاد، وهذا غير ما يراه الأئمة الأربعة .

وزيادة فى الاحتياط تدخل ولى الأمر فى بعض تشريعات الأحوال الشخصية ، وكلف المشرع الزوج بتوثيق عقد الزواج الصحيح وإلا تعرض للعقاب ونعالج فيما يلى الإشهاد والتوثيق .

أولا" – الإشهاد على الطلاق :

من باب تضيق دائرة الطلاق، وعدم وقوعه بالسهولة التى تبدو في آراء بعض الفقهاء ، قال تعالى : ﴿ **يا أيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ، وأحصوا العدة ، واتقوا الله ربكم ، لا تخرجوهن من بيوتهن ، ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ، وتلك حدود الله ، ومن يتعد حدود الله، فقد ظلم نفسه ، لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً ، فإذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف ، وأشهدوا ذوى عدل منكم ، وأقيموا الشهادة لله** ﴾ .

وروى سفيان ، عن ابن جريج ، عن عطاء ، قال :" الطلاق والنكاح والرجعة ، بالبينة " ، وذلك ، احتياطاً من التجاحد .

ولقد اختلف الفقهاء فى هذه المسألة ، ويرى الكثير منهم أن الأمر فى قوله تعالى : ﴿ **وأشهدوا ذوى عدل منكم** ﴾ للندب ، وبذا تكون الشهادة مندوبة فى الطلاق والرجعة ، لأن الآية فى صدد ذكر الطلاق والرجعة .

ولم يؤثر عن الرسول ﷺ ، ولا عن الصحابة أن الإشهاد شرط لصحة وقوع الطلاق ، برغم كثرة ما وقع أمامهم من حوادث الطلاق .

ويرى بعض المفسرين أن الشهادة مندوبة للطلاق فقط ، بينما يرى آخرون أنها للرجعة فقط لأن الأمر بها جاء بعد قوله : **﴿فإمساك بمعروف﴾** وهو المراجعة ، وذكر المفارقة ، وهى الترك ، والمراجعة عمل إيجابى يقوم به الزوج ، فيتيسر الإشهاد عليه ، أما المفارقة فتكون بترك الزوجة بلا مراجعة . إلى أن تنتهى عدتها ، وذلك عمل سلبى يستمر طيلة العدة ، لا يتيسر الإشهاد عليه ، فلا يكون الأمر راجعاً إليها .

ويرى بعض الفقهاء وهو الظاهر من سياق الآيتين أن الأمر فى قوله: **﴿واشهدوا﴾** للوجوب ، بدليل قوله: **﴿ وأقيموا الشهادة لله﴾**، وليس فى الآية ما يصرف الأمر عن الوجوب ، بل القرائن تؤيد حمله على الوجوب ، لأن الطلاق عمل استثنائى يقوم به الرجل ، وهو أحد طرفى العقد ، ويقوم به وحده ، وافقت الزوجة أم لا ، ولكنهم يختلفون فى أنه راجع إلى الطلاق أو الرجعة أو كليهما ، والحق أن كليهما يترتب عليها آثار يخشى عليها من التجاحد ، والإشهاد يمنعه .

فمن أشهد على طلاقه فقد أتى بالطلاق على وجه شرعى ، ومن أشهد على الرجعة فكذلك .

والمصلحة تقتضى ضرورة الإشهاد ، وخاصة أن الله يقول : **﴿ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه﴾**.

وقد جاء فى تفسير الطبرى[1] ، قال ابن عباس :

إن أراد مراجعتها قبل أن تنقضي عدتها ، أشهد رجلين ، كما قال : **﴿ وأشهدوا ذوي عدل ﴾** عند الطلاق ، وعند المراجعة ، وهو قول عطاء أيضاً ، فقد روي عنه : عبد الرازق ، قال : « النكاح بالشهود ، والطلاق بالشهود ، والمراجعة بالشهود » .

١- القرطبى : الجامع لأحكام القران جـ٢٨ صـ٨٨ .

وعن عمران بن حصين ، أنه سئل عن الرجل يطلق امرأته ، ثم يقع بها ، ولم يشهد على طلاقها ، ولا على رجعتها ، فقال له : « طلقت لغير سنة، وراجعت لغير سنة ، أشهد على طلاقها وعلى رجعتها ولا تعد » ، رواه أبو داود ، وابن ماجة ولم يقل : ولا تعد .

الأثر أخرجه أيضاً البيهقي ، والطبراني ، وزاد « واستغفر الله » . قال الحافظ في بلوغ المرام : وسنده صحيح ، وقد استدل به من قال بوجوب الإشهاد على الرجعة .

والأئمة الأربعة لا يشترطون الإشهاد لوقوع الطلاق ، لأن الإنسان لا يحتاج إلى بينة عند استعمال حقه .

ولكن الشيعة الإمامية يرون أن من أهم شروط وقوع الطلاق حضور شاهدين عدلين ، لقوله تعالى : ﴿ وأشهدوا ذوي عدل منكم ﴾ ، فلو وقع بدونهما كان الطلاق باطلاً ، وفي ذلك يقول الشيخ محمد الحسين آل كاشف الغطاء الشيعي[1] : «وفي هذا أبدع ذريعة ، وأنفع وسيلة ، إلى تحصيل الوئام ، وقطع مراد الخصام بين الزوجين ، فإن للعدول ، وأهل الصلاح مكانة وتأثيراً في النفوس ، كما أن من واجبهم الإصلاح والموعظة ، وإعادة مياه الصفاء بين الزوجين المتخاصمين إلى مجاريها .. » .

وكذلك يرى ابن حزم الظاهري[2] أن الإشهاد شرط في الطلاق ، لأن الله لم يفرق بين المراجعة ، والطلاق في الإشهاد ، فلا يجوز إفراد بعض ذلك عن بعض ، وكان من طلق ولم يشهد ذوي عدل ، أو راجع ولم يشهد ذوي عدل ، متعدياً لحدود الله ، وقال الرسول ﷺ : « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد » .

١- أصل الشيعة صـ١٣٢ .

٢- المحلى جـ١٠ صـ٢٥٣ .

ومن الخير ، حفظاً على روابط الأسرة أن يكون الإشهاد شرطاً لوقوع الطلاق ، وأن يكون الشاهدان عدلين سامعين لفظ الطلاق ، وذلك يؤدي إلى تخفيف كثرة وقوع الطلاق ، الذي ينشأ غالباً وقت غضب ، أو انفعال زائل .

خاصة وأن من المفسرين الكبار من فسر آية الإشهاد على أنها للوجوب ، ومن هؤلاء « الفخر الرازي » ، و« القرطبي » ، و« أبو حيان » في التفسير المحيط ، والرأي عندي أن وجهة نظر المفسرين أدق وأصوب ، وفي كل الأحوال فإن في الإشهاد على الطلاق مصلحة لا تنكر ، والسياج الذي تحمي الشريعة الإسلامية به مسائل الزواج والطلاق تجعل من الإشهاد في عصرنا ضرورة لابد منها . وقد اتجهت إلى ذلك بعض التشريعات العربية .

ثانياً – توثيق الطلاق :

استحدث القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ وسيلة أخرى للحد من الطلاق ، وللحيلولة دون مخاطره فاشترط على المطلق توثيق الطلاق في مدة معينة من تاريخ إيقاعه .

وتوثيق الطلاق – ليس إشهاداً – بل هو إجراء شكلي وليس له أثر على واقعة الطلاق ، فهو واقع من تاريخ نطق الزوج به ، وهذا هو رأي الأئمة الأربعة وغيرهم عدا الشيعة الإمامية ، ولا تشكل إجراءات توثيق الطلاق أمام الموثق أي قيد على جواز إثباته قضاء بكافة طرق الإثبات الأخرى ، ولا يترتب على عدم سماع دعوى الطلاق ، بل تسمع الدعوى ، وكل ما يترتب على التوثيق بالإضافة إلى ما نص عليه المشرع من جزاءات إلا أن الآثار المالية للطلاق في حالة إخفاء المطلق واقعة الطلاق على زوجته لا تبدأ إلا من تاريخ علمها به ، وتبدأ العدة فور الطلاق ولا تتوقف على علم المرأة به .

وفيما يلي عرض لأهم الأحكام التي جاءت بها المادة ٥ مكرر و٢٣ مكرر من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ م .

١- مادة مكرر (١) :

على المطلق أن يوثق إشهاد طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الطلاق .

وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه ، فإذا لم تحضره كان على الموثق إعلان ايقاع الطلاق لشخصها على يد محضر ، وعلى الموثق تسليم نسخة إشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها وفق الإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير العدل .

وتترتب آثار الطلاق من تاريخ ايقاعه إلا إذا أخفاه الزوج من الزوجة، فلا تترتب آثاره من حيث الميراث والحقوق المالية الأخرى إلا من تاريخ علمها به .

الجديد في النص :

أوجب القانون على المطلق أن يبادر إلى توثيق إشهاد طلاقه لدى الموثق المختص (المأذون أو مكتب التوثيق بالشهر العقاري على حسب الأحوال) وهذا النص الوجوبي الذي لم يكن موجوداً من قبل ، دعت إليه كما تقول المذكرة الإيضاحية لهذه المادة ، حاجة الأسرة وحمايتها من تتابع المشاكل إذ قد ظهر من استقصاء حالات الطلاق ، أن بعض الأزواج قد لجأوا إلى ايقاع الطلاق في غيبة زوجاتهم وأخفوا عنهن خبره ، وفي هذا إضرار بالمطلقات وتعليق لهن بدون مبرر ، بل أن بعض الأزواج كان يوثق الطلاق رسمياً لدى الموثق ثم يحتفظ بورقتي الطلاق لديه متظاهراً للزوجة باستدامتها واستمرارها ، حتى إذا ما وقع الخلاف بينهما أبرز سند الطلاق شاهراً إياه في وجهها محاولاً به إسقاط حقوقها ، وليس هذا بدعاً جديداً ، فقد سبق لفقهاء المذهب الحنفي أن واجهوا حال إخفاء الطلاق بتأخير بدء العدة

إلى وقت الإقرار من الزوج بحدوث الطلاق فقالوا : لو كتم طلاقها لم تنقض العدة زجراً له بمعنى أن الزواج إذا طلق زوجته وأخفى عنها الطلاق ثم أقر بعد ذلك به لم تبدأ العدة إلا من وقت هذا الإقرار ولا يعتد بإسناد الطلاق إلى تاريخ سابق (الدر المختار وحاشية رد المحتار لابن عابدين الجزء الثاني في باب العدة) .

وبناء على هذا ولما كانت الدولة قد نظمت أمر توثيق الطلاق فأختصت المأذون بتوثيق إشهادات الطلاق بين الأزواج المصريين المسلمين ومكتب التوثيق بالشهر العقاري بالأزواج إذا اختلفت جنسيتهم أو ديانتهم ، رأي المشرع أن ينظم طريق علم الزوجة بطلاقها حتى لا تتابع المشاكل بين الزوجين إذا خفي الطلاق .

وقت ترتيب آثار الطلاق :

فرقت المادة الخامسة مكرر (١) في فقرتها الثانية والثالثة بين المطلقة التي أخفى عنها زوجها خبر طلاقها وبين المطلقة التي تعلم بحصول الطلاق في وقت ترتيب آثار الطلاق . فإن كان الزوج قد أخفى خبر طلاق زوجته عنها ، فإنه وفقاً لنص الفقرة الثالثة من المادة المشار إليها ، لا تترتب آثار الطلاق بالنسبة لها من حيث الميراث والحقوق المالية الأخرى ، إلا من تاريخ علمها بالطلاق .

أما إذا كانت الزوجة تعلم بحصول الطلاق ، فإن آثاره طبقاً لنص الفقرة الثانية تترتب عليه من تاريخ إيقاعه .

طرق علم الزوجة بالطلاق :

ذكرت المادة المشار إليها في فقرتها الثالثة وجهين اعتبرت كلاً منهما طريقاً لحصول علم الزوجة بالطلاق وهما :

أ- إذا حضرت وقت توثيق إشهاد الطلاق أمام الموثق المختص الذي ألزمه القانون حينئذ أن يسلمها نسخة من هذا الإشهاد .

ب- إذا لم تكن الزوجة حاضرة وقت توثيق إشهاد الطلاق فعلى الموثق إعلانها بوقوع الطلاق لشخصها على يد محضر .

هذا وما ذكرته الفقرة الثانية من الوجهين المشار إليهما ليس على سبيل الحصر ، وإنما فقط مجرد مثالين اعتباريين على علمها بحصول الطلاق ، وهذا لا يمنع من علمها بحصول الطلاق بطرق أخرى ، كما لو خالعت زوجها على الطلاق أو أقرت بالطلاق في ورقة رسمية أو عرفية غير منكورة منها أو غير ذلك من طرق العلم الشرعية الأخرى والتي يترتب عليها أن يكون الطلاق واقعاً عليها ومرتباً لآثاره في حقها من تاريخ إيقاعه .

وقد نظر قرار وزير العدل رقم ٣٣٦٩ لسنة ١٩٨٥ المنشور بالوقائع المصرية في ١٩٨٥/٧/٢٩ العدد ١٧٢ ، أوضاع وإجراءات إعلان وتسليم إشهاد الطلاق إلى المطلقة تنفيذاً للفقرة الثانية من المادة الخامسة مكرر (١) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، وفيما يلي نص هذا القرار :

مادة (١) : على الموثق المختص بتوثيق إشهاد الطلاق أن يثبت فيه بياناً واضحاً عن محل إقامة المطلقة ، ويكون إثبات هذا البيان بإرشادها في حالة حضورها توثيق الإشهاد وبإرشاد المطلق في حالة عدم حضورها .

مادة (٢) : يجب على الموثق خلال سبعة أيام من تاريخ توثيق إشهاد الطلاق إعلان المطلقة لشخصها على يد محضر بوقوع الطلاق وذلك في حالة عدم حضورها توثيق إشهاده .

مادة (٣) : يجب أن يتضمن الإعلان المشار إليه من المادة السابقة البيانات التالية :

١- تاريخ وقوع الطلاق .

٢- اسم الموثق الذي وثق إشهاد الطلاق ومقر عمله .

٣- رقم إشهاد الطلاق .

٤- بيان الطلاق الذي تضمنه الإشهاد .

٥- إخطار المطلقة بإستلام نسخة إشهاد الطلاق الخاصة بها من الموثق المختص خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإعلان .

مادة (٤) : فيما عدا ما تقدم تطبق القواعد والإجراءات المقررة في المرافعات المدنية والتجارية على الإعلان بوقوع الطلاق .

مادة (٥) : على الموثق تسليم المطلقة أو من ينوب عنها نسخة إشهاد الطلاق الخاصة بها بعد أخذ إيصال بذلك يرفق بأصل الإشهاد ، فإذا لم تحضر المطلقة أو نائبها لدى الموثق لاستلام نسخة الإشهاد الخاصة بها يجب على الموثق تسليم هذه النسخة إلى المحكمة التابع لها بعد انقضاء ثلاثين يوماً من تاريخ التوثيق بمقتضى إيصال يفيد ذلك ، وعلى المحكمة في هذه الحالة إرسالها إلى المطلقة بكتاب مسجل بعلم الوصول إن كانت تقيم في مصر أو بواسطة وزارة الخارجية إن كانت تقيم في الخارج .

مادة (٦) : على الموظف المختص بالمحكمة قيد نسخ إشهادات الطلاق التي تسلم إليه فور إستلامها في سجل خاص يبين فيه رقم الإشهاد وتاريخ واسم الموثق وإسمي المطلق والمطلقة ومحل إقامة كل منهما وبيان الطلاق الوارد بالإشهاد وتاريخ استلامه نسخة الإشهاد الخاصة بالمطلقة وعليه إرسالها في اليوم التالي لتسليمها إلى المطلقة وفقاً لأحكام المادة السابقة مع اثبات تاريخ ورقم الإرسال في السجل المشار إليه ، والتأشير فيه بعد ذلك بما تم نحو تسليم النسخة إلى المطلقة .

مادة (٧) : إذا أعيدت نسخة الإشهاد الخاصة بالمطلقة إلى المحكمة بعد إرسالها إليها لتعذر تسليمها ، فعلى الموظف المختص بالمحكمة حفظها في ملف خاص والتأشير بعد ذلك في السجل المشار إليه في المادة السابقة .

أما المادتان الثامنة والتاسعة فتختصان بتوثيق وثيقة الزواج ، وأما المادة العاشرة فقد ألغت قرار وزير العدل رقم ٢٢٤٥ لسنة ١٩٧٩ ، كما ألغت كل نص يخالف ذلك .

إثبات الطلاق وأثره على تقييد حق الزوج في إيقاع الطلاق :

وجوب توثيق الطلاق لدى الموثق المختص إجراء شكلي ليس له أثر موضوعي على حق الزوج في إيقاع الطلاق ، فالطلاق يقع من الزوج على زوجته بمجرد حصوله دون توقف على توثيقه ، وهذا ما ذهب إليه الأئمة الأربعة ومن قبلهم الصحابة والتابعون ، وهذا ما حرصت المذكرة الإيضاحية للنص على إبرازه وإيضاحه حيث جاء فيها : وليس في إيجاب توثيق الطلاق ولا في تنظيم طرق العلم به أي قيد على حق الطلاق الذي أسنده الله للزوج واختصه به في أكثر من آية من آيات القرآن الكريم . وكذلك لا تشكل تلك الإجراءات أي قيد على جواز إثبات الطلاق قضاء بكافة الطرق غاية الأمر أن آثارها بالنسبة للزوجة في حالة إخفائه عنها ، لا تبدأ إلا من تاريخ علمها به . وإثبات الطلاق والدليل عليها باعتباره من الشروط الموضوعية يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية في حدود نص المادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

ويجوز للمطلق أن يثبت ذلك الطلاق بكافة طرق الإثبات الشرعية على الوجه الذي عنته المذكرة الإيضاحية .

هذا وإثبات الطلاق كان جارياً في مصر قبل العمل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على ما يأتي :

أولاً : إذا كان الخلاف في حياة الزوجين ، فإنه يثبت بكل وسائل الإثبات الشرعية فيثبت بالإقرار ويثبت بالنكول عن اليمين عند الصاحبين وبالبينة غايته أن الطلاق لو ثبت بالإقرار أو النكول فإن العدة كما يقول بعض

الفقهاء لا يثبت إلا من وقت التصـادق أو النكول ، لا مـن الوقـت الـذي أسند الطلاق إليه .

ثانياً : إذا كان الخلاف على وقوع الطلاق بعد وفاة أحد الزوجين فإما أن يكون وقوعه قبل سنة ١٩١١ وإما أن يكون من ١٩١١ .

فإن كان وقوعه قبل سنة ١٩١١ فإنـه يثبـت بورقـة خاليـة مـن شـبهة التزوير ، وبالأولى يثبت بورقة رسمية أو ورقـة مكتوبـة كلهـا بخـط المتوفـى وعليها توقيعه .

أما إذا كان وقوع الطلاق تالياً لهذا التـاريخ أي مـن سـنة ١٩١١ فـإن الطلاق لا يثبت إلا بورقة عرفية مكتوبة فيها بخط المتوفى وعليها توقيعـه أو ورقة رسمية . والحكمة في ذلك أن دعـوى الطـلاق بعد وفـاة أحـد الزوجيـن تكون في الغالب نزاعاً على مـال ومـا دامـت كذلـك فتـأخذ حكـم الوصايـا فـي النزاع عليها والوصـايا لا تثبت بعد الوفاة إلا بورقة رسمية أو ورقـة عرفيـة مكتوبة كلها بخط المتوفى .

وهذا بخـلاف الحـوادث الواقعـة قبـل سـنة ١٩١١ حيـث هـذه الوقـائع معفاة من الإثبات بالورقة الرسمية أو المكتوبة كلها بخط المتوفي ، لأن لائحة سنة ١٨٩٧ كانت تجيز الإثبات بالورقة العرفيـة الخاليـة مـن الـتزوير فبقيـت الحوادث التي وجدن في ظلها على حكمها .

والمراد بخلو الورقة من شبهة التزوير ألا يظهـر منهـا مـا يـدل علـى أنها أعدت لتكون مسوغاً للدعوى وتدبير ذلك مـتروك للقـاضي وذلـك تيسـيراً على الناس في هذه الفترة .

وعلى ذلك فإن الطلاق الذي لا يثبت إلا بورقـة عرفيـة مكتوبـة كلهـا بخط المتوفى وعليهـا توقيعـه أو ورقـة رسـمية ، فإنـه لا يكـون إلا مـن وقـت تطبيق اللائحة الجديدة .

٢- جزاء الإخلال بأحكام المادة الخامسة مكرراً :

أضاف القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ التي لقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المادة ٢٣ مكرراً ليواجه بها الإلتزامات التي فرضها على المطلق وعلى الموثق في المادة الخامسة مكرراً ونص المادة ٢٣ كالآتي :

يعاقب المطلق بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائتي جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا خالف أياً من الأحكام المنصوص عليها في المادة الخامسة مكرراً من هذا القانون ، كما يعاقب الزوج العقوبة ذاتها إذا أدلى للموثق ببيانات غير صحيحة عن حالته الاجتماعية أو محل إقامة زوجته أو زوجاته أو مطلقته على خلاف ما هو مقرر في المادة (١١ مكرراً) .

ويعاقب الموثق بالحبس مدة لا تزيد على شهر وبغرامة لا تجاوز خمسين جنيهاً إذا أخل بأي من الالتزامات التي فرضها عليها القانون .
ويجوز أيضاً الحكم بعزله أو وقفه عن عمله لمدة لا تجاوز سنة .

شرح المادة :

عاقب القانون المطلق بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائتي جنيه أو بإحدى العقوبتين إذا خالف أياً من الأحكام التي نصت عليها المادة الخامسة من القانون وهي التي أن أوضحناها وهي متعلقة بتوثيقه.

إشهاد الطلاق وكيفية إعلان الزوجة :

وهذه العقوبة التي نص عليها القانون هي عقوبة تعزيرية والعقوبة التعزيرية كما جاء بالمذكرة الإيضاحية للنص عقوبة مفوضة إلى رأي الحاكم كما يقول فقهاء المذهب الحنفي وتختلف باختلاف الجريمة .

وقد أجاز الفقهاء التعزير بالحبس ويجوز أن تكون العقوبة الوحيدة وأن يضم إليه عقوبة أخرى كالتغريم وهذه العقوبة الأخيرة أجازها أبو يوسف وأجازها بعض فقهاء الشافعية وأجيزت في مواضع في مذهب الإمام أحمد .

وإذا كان الفقهاء قد قرروا أن تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة وكان تنظيم أمر توثيق الطلاق وإعلام المطلقة بوقوعه ووصول سنده إليها من المصالح العامة فإن تجريم المطلق إذا أخل بالواجبات المنوطة به في المادة الخامسة مكرراً من هذا المشروع يكون أمراً ذا سند صحيح شرعاً .

كذلك يعاقب الموثق أيضاً إذا أخل بالتزاماته التي فرضها عليه هذا القانون بالعقوبات المبينة بالمادة ٢/٢٣ مكرراً ، إذ لايكفي في الأمور التنظيمية تقريرها بل لابد من حماية هذا التنظيم حتى يؤتي ثماره[١] .

١- د. أحمد فراج - أحكام الأسرة في الإسلام ، ط سنة ١٩٨٨ .

الفصل الثالث

الفرقة اللاإرادية "بحكم القاضى"

الزوج بحكم مسؤولياته الأسرية عليه مجموعة من الالتزامات المادية والمعنوية حتى يحقق الزواج مقاصده ، من إقامة حياة الزوجة ، مادياً بالأنفاق عليها ، ومعنويا بإعفافها وعدم الغياب عنها ، لأن التواجد مطلب نفسى له أثره على كيان الحياة الزوجية .

والتفريق بحكم القاضى ينهى العلاقة الزوجية بطلب من أحد أطرافها الزوج أو الزوجة ، ويقع به طلاق رجعى فى أحوال ، وطلاق بائن فى أحوال أخرى ، وقد يكون تفريق القاضى فسخاً فى بعض الأحوال . وسوف نعالج موضوعنا فى هذا الفصل فى ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : التفريق لعدم الأنفاق

المبحث الثانى : التفريق للعيوب

المبحث الثالث : التفريق للإضرار

المبحث الأول

التفريق لعدم الأنفاق

النفقة حق للزوجة ، يثبت لها بعقد الزواج الصحيح ، ويسقط بالنشوز ، وينتهي بإنفصام العلاقة الزوجية ، فإذا امتنع الزوج عن الوفاء بحق الزوجة ، تعسفاً ، أو إعساراً فقد أختلف الفقهاء في جواز طلب الزوجة التفريق القضائي ، وظل العمل في مصر على مذهب الأحناف الذي يمنع تطليق الزوجة من زوجها لامتناعه عن الإنفاق أو إعساره به ، حتى جاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وحسم المشكلة لصالح الزوجة أخذاً بغير آراء المذهب الحنفي وسوف نعالج موضوعنا في مطلبين :

المطلب الأول : الموقف الفقهي

المطلب الثاني الموقف التشريعي

المطلب الأول

الموقف الفقهـــى

نفقة الزوجة واجبة بلا خلاف وهى أثر من آثار عقد الزواج الصحيح، ولكن الزوج قد يمتنع عن أداء واجبه ، وقد يعسر فلا يستطيع الوفاء بما يجب عليه ، وفقهاء الأحناف يرفضون تطليق الزوجة من زوجها لعدم الأنفاق امتناعاً أو إعساراً ، وموقف الأحناف لا شك يضيق على الزوجة، ويلحق بها أضرار فادحة ، وقد أتجهت المذاهب الإسلامية وجهة أخرى ، ويمكن تلخيص الموقف الفقهى فى ثلاثة آراء .

الرأى الأول[1] : ويقول بعدم التفريق بين الزوجة وزوجها الذى لا ينفق عليها حتى لو أعلنت عدم رضاها به ، وتمردت على الوضع القائم ، وطلبت من القاضى الخلاص من زوجية صارت عبئاً ، ومن قيد صار أسراً، والأحناف هم قادة هذا الرأى ، وليس فى مذهبهم ما يجيز تطليق الزوجة من زوجها لعجزه عن نفقتها أو لامتناعه عنها حتى لو لم يكن له مال ظاهر يمكن التنفيذ فيه ، فالمرأة هنا لا تملك وسيلة للحصول على نفقتها ، ولا تسعفها أحكام المذهب على الانفصال .

أولاً – أدلة هذا الرأى :

لا سبيل للزوجة إذن على مذهب الأحناف للخروج من هذا المأزق ، وليس للقاضى أن يحكم بطلاقها منه ، ولكن يأمرها متى يثبت لديه عجزه وعسرته بأن تستدين ثم ترجع عليه ، ودليلهم على ذلك القرآن والسنة والمعقول .

---

١ – فتح القدير جـ٣ صـ٣٣٠ ، المبسوط جـ٥ صـ١٩١، المحلى جـ١٠ صـ٩٢ ، ويلاحظ أن الظاهرية قد انفردوا برأى خاص لم يقل به أحد غيرهم من فقهاء المذاهب الإسلامية وهو أن الزوجة إذا كانت غنية وزوجها معسر عليها الإنفاق ولا ترجع عليه وهذا يعنى ثبوت نفقة الزوج عليها عند إعساره ويسارها .

١- الأدلة من القرآن الكريم :

١- يقول تعالى : ﴿ لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها ﴾ يقول أصحاب هذا الرأى أن الآية تفيد وجوب الإنفاق على الزوج المعسر وعلى غيره الذى لا يساويه فى اليسار واقتصرت الآية فى مقام البيان على هذين ، والاقتصار فى مقام البيان - كما يقول علماء الأصول - يفيد الحصر ، فدل ذلك على أن الرجل إذا أعسر فلم يجد سبباً يمكنه به تحصيل النفقة فلا تجب عليه ، وترك مالاً يجب لا إثم فيه ، خاصة وأن الإعسار لا دخل فيه للرجل ، فلا إضرار منه ، وبالتالى لا يجب التفريق .

ب- يقول تعالى أيضاً : ﴿ وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ﴾ وهذه الآية تشير أن غاية ما يفيده وجوب النفقة للزوجة على الزوج أنها تثبت ديناً فى ذمته إذا ما أعسر ولا يثبت بها إضرار أو تفريق .

٢- الأدلة من السنة :

أ- روى مسلم فى صحيحه من حديث أبى الزبير عن جابر قال : دخل أبو بكر الصديق وعمر رضى الله عنهما على رسول الله ﷺ، فوجداه جالساً وحوله نساؤه واجماً ساكناً ، فقال أبو بكر يا رسول الله لو رأيت بنت خارجة سألتنى النفقة فقمت إليها فوجأت عنقها ، فضحك رسول الله ﷺ وقال من حولى كما ترى يسألننى النفقة ، فقام أبو بكر رضى الله عنه إلى عائشة يجأ عنقها ، وقام عمر رضى الله عنه إلى حفصة يجأ عنقها كلاهما يقول : تسألن رسول الله ﷺ ما ليس عنده ، فقلن والله لا نسأل رسول الله شيئاً أبداً ليس عنده ، ثم اعتزلهن رسول الله ﷺ شهراً .

فهذا أبو بكر وعمر رضى الله عنهما يضربان ابنتيهما بحضرة الرسول ﷺ لما سألتاه نفقة لا يجدها ، ومن المحال أن يضربا طالبتين للحق ويقرهما الرسول على ذلك ، فدل ذلك على أنه لا حق لهما فى طلب النفقة

حال الإعسار ، وإذا كان طلب النفقة فى هذه الحال باطلاً فكيف تمكر من فسخ النكاح بعدم ما ليس لها طلبه ولا يحل لها .

ب- كذلك أيضاً كان من الصحابة الموسر والمعسر ، وكان المعسرون أضعاف الموسرين ، وما مكن الرسول ﷺ امرأة قط من فسخ بإعسار زوجها ، فلو كان ذلك جائزاً لفعله رسول الله ﷺ فدل عدم فعله على أنه لا يجوز أن يكون سبباً في الفسخ .

٣- الأدلة من المعقول :

وقد استدل أصحاب هذا الرأى على صحته بأدلة عقلية منها :

أ- من المقرر شرعاً أن إذا اجتمع ضرران ، أرتكب أخف الضررين، والضرر الذى يترتب على التفريق يؤدى إلى ضياع حق الزوج بالكلية ، والضرر الذى يترتب على عدم التفريق هو تأخير حق الزوجة ، وطبقاً لهذه القاعدة فعدم التفريق هو أخف الضررين .

ب- وقالوا أيضاً إن المال غاد ورائح وقد جعل الله الزواج عقداً دائماً وميثاقاً غليظاً ،فلا ينبغى أن يكون الإعسار وهو يأتى ويروح - سبباً للتفريق وإلا كان الزواج كله فى مهب الريح .

جـ- وأخيراً قالوا إن إبقاء الزواج مع الإعسار يفوت المال وهو من التوابع ، أما فسخ الزواج بالإعسار فيؤدى إلى فوت التناسل ، وهو مقصود أصلى من الزواج ، ولا يعقل ضياع المقصود الأصلى ليبقى المقصودُ التبعى.

الرأى الثانى :

يرى الأئمة الثلاثة[١] - مالك والشافعى وأحمد - مع خلاف فى التفاصيل - أن للزوجة حق طلب التفريق لعدم الإنفاق وعلى القاضى أن يجيب الزوجة إلى طلبها إذا ثبت له ذلك .

١- الشرح الكبير جـ٢ صـ٥١٨ ، مغنى المحتاج جـ٣ صـ٤٤٣ ، المغنى جـ٧ صـ٥٧٣ .

وهم أيضاً يستدلون بالكتاب والسنة والمعقول :

١- الأدلة من القرآن الكريم :

أ- يقول تعالى في أمره للزوج : **﴿فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾** وليس من الإمساك بمعروف أن ترغم المرأة على البقاء مع زوج لا ينفق عليها ، فيجب الأخذ بالتسريح بإحسان وهو إجازة للتفريق .

ب- يقول تعالى : **﴿ ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ﴾** فالله ينهى عن الإمساك بالزوجة إضراراً بها وعدم الإنفاق إضرار ، وعلى القاضي أن يوقف هذا العدوان بالتفريق .

٢- الأدلة من السنة :

أ- روى عن "أبي هريرة " رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : " خير الصدقة ما كان منها عن ظهر غنى " واليد العليا خير من اليد السفلى ، وأبدأ بمن تعول ، فقيل من أعول يا رسول الله قال امرأتك ممن تعول تقول أطعمني وإلا فارقني ... فهذا الحديث جعل للمرأة الفراق عند الامتناع عن الإنفاق ، وقد عقب البخاري على هذا الحديث أن محل الإستشهاد وهو قول المرأة أطعمني أو فارقني من كلام أبي هريرة .

ب- روى عن " أبي هريرة " أن النبي ﷺ قال" في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته يفرق بينهما " . وقد طعن علماء الحديث في صحة ما روى فيه وقالوا إن " أبا هريرة " لم ينسب مثل هذا إلى الرسول ﷺ .

٣- الأدلة من المعقول :

وقالوا أيضاً إن العجز عن الإنفاق بسبب الإعسار كالعجز عند الجماع بسبب الجب أو العنة ، فإذا ثبت جواز الفسخ بالعنة والجب ، ثبت جواز الفسخ بالإعسار وعدم الإنفاق ، بل الفسخ هنا أولى لأن النفقة لا يقوم البدن إلا بها أما لذة الجماع فيقوم البدن بدونها .

وقد رد هذا الدليل ، لأن قياس العجز عن الإنفاق بسبب الإعسار على العجز عن الجماع ، قياس مع الفارق ، لأن النفقة عند العجز تصير ديناً وليس كذلك العجز الجنسي فافترقا كذلك العجز الجنسي في هذه الحالة مرضي لا يرجى زواله ، أما عدم الإنفاق فيرجى زواله .

الرأي الثالث :

وخلاصته التفرقة بين المرأة التي غرر بها الزوج فلها طلب التفريق، أما إذا انتفى الضرر فليس هذا الحق . وقد ذهب إلى ذلك الإمام ابن قيم[١] الجوزية من فقهاء الحنابلة .

١- زاد المعاد : جـ٤ صـ١٥٥ وما بعدها .

المطلب الثاني

الموقف التشريعي

ظل القضاء المصري يأخذ بالراجح في مذهب أبي حنيفة ، وهو يقضي بعدم التفريق للإمتناع عن الإنفاق ، أو للإعسار وقد حمل ذلك الكثيرين من الأزواج الذين لا يقدرون تبعات الحياة الزوجية على ترك زوجاتهم بلا نفقة ، بما يهدد كرامة الزوجة ، ويضر بمقصود الزواج ، الأمر الذي أدى إلى تدخل المشرع بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، واعتمد أساساً على المذهب المالكي ، وعدل عنه مذهب الأحناف .

أولاً – شرح القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ :

نصت المواد ٤ ، ٥ ، ٦ من القانون السالف الذكر على الأحكام الواجبة التطبيق عند عدم الإنفاق .

مادة (٤) : إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته ، فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم بالنفقة عليه في ماله ، فإن لم يكن له مال ظاهر ولم يقل إنه وعسر أو موسر ، ولكنه أصر على عدم الإنفاق ، طلق القاضي عليه في الحال ، وإن ادعى العجز ، فإن لم يثبته طلق عليه حالاً ، وإن أثبته أمهله مدة لا تزيد عن شهر ، فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك .

مادة (٥) : إذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة ، فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه ، بالنفقة في ماله ، وإن لم يكن له مال ظاهر ، أعذر إليه القاضي بالطرق المعروفة ، وضرب له أجلاً ، فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها ، أو لم يحضر للإنفاق عليها ، طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل.

فإذا كان بعيد الغيبة ، لا يسهل الوصول إليه ، أو كان مجهول المحل ، أو كان مفقوداً ، وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة ، طلق عليه القاضي .

وتسري احكام هذه المادة على المسجون الذي يعسر بالنفقة .

مادة (٦)ν: تطليق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعياً ، وللزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت إيساره ، واستعد للإنفاق في أثناء العدة فإن لم يثبت يساره ، ولم يستعد للإنفاق لم تصح الرجعة .

وموجز أحكام هذه المواد ما يلي : -

١- إذا كان الزوج حاضراً وادعى الإعسار مع إقامة البينة أو تصديق الزوجة له يمهله القاضي مدة لا تزيد عن شهر ، فإذا لم ينفق عليها ، طلق عليه القاضي بعد ذلك .

٢- إذا اعترف الزوج بيساره أو سكت ، أو ادعى الإعسار ، ولم يقدم بينة على ذلك ولم تصدقه الزوجة ، ثم أصر على عدم الإنفاق ، وأصرت المرأة على التطليق ، فعلى القاضي أن يطلقها في الحال .

٣- إذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة يمكن وصول الإعلان إليه بسهولة وفي مدة لا تتجاوز تسعة أيام ، أعلن بالحضور أو إرسال النفقة وضرب له القاضي أجلاً ، فإذا تحققت المحكمة من وصول الإعلان ، ولم يحضر ولم يرسل النفقة ، وأصرت الزوجة على الطلاق ، طلق القاضي عليه وينطبق هذا الحكم على المسجون المعسر بالنفقة .

٤- إذا كان الزوج غائباً بعيداً ، لا يعرف محله ولا يمكن إعلانه ، أو لا تعلم حياته من مماته ، طلق القاضي عليه في الحال ، إذ لا فائدة ترجى من الإمهال.

ويستفاد من الأحكام المتقدمة أنه يشترط لتطليق الزوجة من زوجها للامتناع عن الإنفاق عليها في جميع الأحوال سالفة الذكر ثلاثة شروط هي :

أ- ألا يكون له مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه بالنفقة .

ب- أن يكون الامتناع عن النفقة الحاضرة ، أما النفقة المتجمدة عن مدة ماضية فإن الامتناع عن أدائها لا يكون موجباً للتطليق .

جـ- أن تثبت الدعوى بالحجج الشرعية لأن الحكم الذي يصدر في الدعوى هو حكم بالطلاق ، فيجب أن يكون مبنياً على دليل شرعي ينتجه .

د- يشترط عدم نشوز الزوجة ، لأن النشوز مانع من طلب التفريق للإعسار ، فالطاعة شرط من شروط نظر دعوى التطليق في هذه الحالة .

والطلاق لعدم الإنفاق يقع رجعياً بنص المادة (٦) فللزوج أن يراجع زوجته ولا تصح الرجعة إلا بالشروط الآتية : -

١- أن يثبت الزوج يساره وقدرته على الإنفاق عليها النفقة الواجبة شرعاً حسب حالته .

٢- أن يعلن استعداده للإنفاق عليها ومداومة ذلك .

٣- ألا تكون الزوجة غير مدخول بها ، لأن التطليق قبل الدخول طلقة بائنة لا رجعة فيها .

وفي كل الأحوال لا تطلق المرأة لعدم الإنفاق إذا كان لها كفيل موسر وله مال ظاهر ، لأن وجوده ينفي شرط التطليق للإعسار .

ثانياً – نقد الموقف التشريعي :

مراعاة حال الزوجة أمر محمود ، خاصة وأن النفقة من ضرورات الحياة لكن التشريع – وكما قيل بحق – لم يفرق بين حالة الامتناع عن الإنفاق للإعسار ، وحالة الامتناع عن الإنفاق مع القدرة وبقصد الإضرار ، في الحالة الأولى يجب عدم إجابة الزوجة لطلبها التفريق أو التطليق من القاضي، فالحياة عسر ويسر ، والقاعدة الشرعية أن الغنم بالغرم ، وقد عاشت المرأة مع زوجها السراء ، فمن الوفاء أن تشاركه الضراء ، ولا ينبغي للتشريع أن يتجاهل البناء الأخلاقي للمجتمع ، خاصة وأن الآيات القرآنية تدعو إلى ذلك ومثالها قوله تعالى في سورة الطلاق ﴿ لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه ، فلينفق مما آتاه الله ، لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها سيجعل الله بعد عسر يسراً ﴾ .

فالتكليف بما لا يطاق مرفوع ، كما أن الإضرار بالزوجة ممنوع وهذا الرأي يعضده كثير من الآثار التي وردت عن فقهاء السلف الصالح ، فقد سئل " عطاء بن رباح " عمن لم يجد ما يصلح امرأته من النفقة ، فقال: ليس لها ما وجدت ، ليس لها أن يطلقها ، وعن "الحسن البصري" أنه قال في الرجل يعجز عن نفقة امرأته : "تواسيه وتتقي الله عز وجل وتصبر ، وينفق عليها ما استطاع" ، وسئل الإمام " الزهري " عن رجل لا يجد ما ينفق منه على امرأته ، أيفرق بينهما ؟ قال : تستأنى به ولا يفرق بينهما ، وتلا قول الله تعالى : ﴿ لايكلف الله نفساً إلا ما أتاها سيجعل الله بعد عسر يسراً ﴾ .

أما الحالة الأخرى ، وهي الإمتناع عن الإنفاق على الزوجة مع القدرة ، فهنا الإضرار واضح ، والضرر يزال ، والتعسف بين وينبغي أن يرد ، وعلى القاضي إجابة الزوجة إلى طلبها التطليق ، دفعاً للضرر ، ومنعاً للتعسف ، وردعاً للزوج المتمادي في غيه وإضراره بأهله ، بامتناعه عن آداء حق الزوجة المادي عليه . ولعل العلماء الأحناف أحسوا بحرج موقفهم الذي يقضي بعدم التطليق حتى هذه الحالة ، وقد أشار إلى ذلك " ابن عابدين " عندما نقل أن بعض الفقهاء الأحناف استحسنوا في هذه الحالة أن ينصب القاضي الحنفي نائباً عنه يكون من مذهبه التفريق بين الزوجين لعدم الإنفاق ، فيقضي في هذه الحالة ، وقضاؤه نافذ لأن إنابته صحيحة .

إن امتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته ، وامتناعه عن تسريحها يعد اعتداء على مبدأ الإمساك بالمعروف ، والتطليق واجب على القاضي عند طلب الزوجة ، لأن في مقدمة واجبات القضاء رد العدوان ، وردع المعتدي .

المبحث الثاني

التفريق للعيــوب

لاشك أن العيوب في أحد الزوجين توهن الحياة الزوجية ، وقد تقضي على الألفة بين الزوجين ، وهـي تؤثـر لاشـك علـى مقاصد الـزواج ، وإلزام الزوج والزوجة كلاهما بضرورة إبقاء الزواج قد يكـون فيـه الإرهـاق لهمـا ، فلابد من سبيل إلى الفرقة ، ولأن الزوج هو الذي يملك الطـلاق ، فالقاضي هو الذي يرفع الغبن عن الزوجة في مثل هذه الأحوال .

وفي السنة أحاديث تشير إلى العيوب وأثرها على الحياة الزوجيـة فقد روى " الإمام أحمد " في مسنده أن رسول اللـه ﷺ ، تـزوج امـرأة مـن بنـي غفار ، فلما دخل عليهـا ، فوضـع ثوبـه ، وقعـد علـى الفـراش ، أبصـر علـى كشحها بياضاً - وهو مرض في الجلد فانحاز عن الفراش ، ثم قـال : خـذي ثيابك ، ولم يأخذ مما آتاها شيئاً .[1]

وفي الموطأ ، عن عمر رضي الله عنه ، أنه قال " أيما امرأة غر بها رجل ، بها جنون أو جذام أوبرص ، فلها المهـر بمـا أصـاب منهـا ، وصـداق الرجل على من غره ".

وجاء عن عمر رضي الله عنه التفريق بالعنة ، وروى عنه أيضاً أنـه أجل مجنوناً سنة ، فـإن أفـاق وإلا فـرق بينـه وبيـن امرأتـه ، هـذه الأحـاديث والآثار تدل على أن فكرة التطليق للعيب لها وجـود فقهـي منـذ فـترة مبكـرة ، وتجد سندها في القواعد العامة للشريعة .

وسوف ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين : -

المطلب الأول : الموقف الفقهي .

المطلب الثاني : الموقف التشريعي .

المطلب الأول

الموقف الفقهـي

في فقه الصحابـة والتـابعين ، مـا يـبرر خـلاف الفقهـاء فـي العصـور التالية ، فبينما نجد الإمام " **الزهري** " يـرد الـزواج بـالعيوب لكـل داء عضـال دون تحديد ، يروى " **الشعبي** " عن " **الحارث** " عن " **علي** " رضي اللـه عنـه قال : يرد النكاح قبل أن يدخل الرجل بأمرأته من أربع من الجـذام والـبرص، والجنون ، والقرن . ويمكن تقسيم الموقف الفقهي من العيوب إلى ثلاثة آراء:

الرأي الأول (١) :ـ

يرى ابن حزم شيخ الظاهرية أن العيوب لا أثر لها على عقد الـزواج، يستوي في ذلك عيوب الرجل ، وعيوب المرأة ، فعقد الزواج إذا تـم صحيحـاً لا يفسخ بعد صحته بجذام ولا برص ولا جنون ، ولو وجـدت المـرأة زوجهـا عنيناً أو مجبوباً ، فليس لها أن تطالب بالفرقة ، وليس علـى القـاضي التفريـق بينهما ، وليس له أن يضرب له أجلاً ، بل هي امرأته إن شاء أمسك وإن شاء طلق .

و" **ابن حزم** " مجادل صعب ، ومنـاظر صلـب ، وقد رد علـى آثـار الصحابـة ، وعنـف الفقهـاء الأربعـة ، ومـع ذلـك فهـو لـم يوصـد البـاب أمـام التفريق ، فقد ذكر أنه لو اشترط الزوج سلامتها من العيوب ثم وجد بها عيبـاً، يكون العقد مفسوخاً مردوداً لا خيار له في إجازته ولا صداق فيه ولا مـيراث ولا نفقة ، دخل بها أو ليدخل ، لأن التي أدخلت عليه غير التي تزوج بها .

فالظاهرية يرون أن لا خيار لأحد من الزوجين إذا مـا وجـد بصاحبـه عيباً ، فالتفريق بالعيب ممنوع مطلقاً ، سواء كان العيب حادثاً قبل العقد أو

١- المحلى جـ١٠ صـ١٠٩ .

بعده ، وسواء كان بالزوج أو بالزوجة ، فليس لأحد الزوجين مطالبة القاضي بالتفريق ، أما الآثار المروية عن الصحابة فلم تثبت عند " ابن حزم " وعلى فرض ثبوتها فليس بها دليل لأنها رأي الصحابي ، ورأي الصحابي لا حجية له عند الظاهرية ، خاصة فيما هو محل للاجتهاد .

الرأي الثاني :-

ويتفق عليه فقهاء المذاهب[1] الأربعة ، وهو يجيز التفريق بين الزوجين للعيوب ، وأصحاب هذا الرأي انقسموا إلى فريقين ، فريق يجعل التفريق للعيب حقاً للمرأة فحسب إذا ما وجدت عيوباً في الرجل ، وفريق يرفض التفرقة بين الرجل والمرأة ، ويعطي كلاهما حق طلب التفريق متى توافرت عيوب خاصة ، ويستوي في ذلك الزوج والزوجة .

أولاً : الفريق الأول : ويمثله الأحناف ، وقد جعلوا حق التفريق خاصاً بالمرأة في العيوب التي توجد في الزوج دون الزوجة ، فالمرأة لها وحدها حق طلب التفريق ، ويكفي الرجل أنه يملك الطلاق دونها .

واختلف فقهاء الأحناف في عدد العيوب التي تجيز للزوجة طلب التفريق ، فيرى الشيخان " **أبو حنيفة** " و" **أبو يوسف** " أن الزوجة لا يمكنها طلب التفريق بينها وبين زوجها ، إلا بأحد العيوب الثلاثة وهي الجب ، والخصاء ، والعنة ، ويرى " **محمد بن الحسن** " أن عدد العيوب الموجبة للتفريق ستة هي ، الجب ، والخصاء ، والعنة ، والجنون ، والبرص والجذام، والأساس الفقهي هو الضرر الذي يصيب الزوجة ، والمبدأ العام في الشريعة الإسلامية هو ما قاله الرسول ﷺ " **لا ضرر ولا ضرار** " .

ولا يعني موقف الأحناف أنهم توسعوا في التطليق للعيب بل هم أكثر

١- البدائع جـ٢ صـ٣١٢ ، بداية المجتهد جـ٢ صـ٤٢ ، مغني المحتاج جـ٣ صـ٢٠٢ ، المغني جـ٦ صـ٦٥٠ .

من غيرهم في التضييق من دائرة التفريق بالعيب ، فلا يجوز للمرأة التفريق في العيوب الثلاثة المتفق عليها عند الأحناف وهي الجب ، والعنة ، والخصاء، إلا بالشروط الآتية :-

١- ألا يكون الزوج قد وصل إلى الزوجة ، فلو وصل إليها ولو مرة واحدة في العمر لم يثبت لها حق طلب التفريق .

٢- ألا تكون الزوجة عالمة بالعيب وقت النكاح ، فإذا كانت على علم بالعيب لا يثبت لها حق التفريق .

٣- ألا ترضى بالعيب بعد علمها به ، فإذا علمت ورضيت ليس لها طلب التفريق . بشرط أن تعلن رضاها صراحة ، فالسكوت ليس علامة الرضا في هذه الحالة .

٤- ألا يكون بالزوجة عيب مانع من الاتصال الجنسي ، فإذا كان بها عيب فلا حق لها في طلب التفريق ، لأن الإضرار ، هنا غير متوافر ، وهو أساس طلب التفريق .

ثانياً – الفريق الثاني :

ويمثله المالكية والشافعية والحنابلة من مذاهب أهل السنة ومعهم الشيعة الزيدية والجعفرية ، وقد ذهبوا إلى جواز التفريق لعيب الرجل والمرأة على سواء ، وأن التفريق حق لهما على سواء ، وقد اختلفوا هؤلاء عن الأحناف في عدم قصر حق التفريق على المرأة وحدها ، واختلفوا فيما بينهم على عدد العيوب التي تجيز الفرقة ، وتعطي الرجل والمرأة حق اللجوء إلى القضاء لطلب التطليق .

وحق طلب التفريق الثابت لأحد الزوجين – عند هذا الفريق – لا يمنع منه وجود عيب مماثل في الآخر أو غير مماثل ، وذلك عند "مالك" و" أحمد " و" الشافعي " على أصح القولين وأيضاً عند الشيعة الجعفرية، ويرى " أحمد " أنه ليس لامرأة المجبوب حق الفسخ إذا قام بها مانع يمنع مباشرتها

كالرتق ، ويشترط " **الشافعي** " في امرأة العنين إذا طلبت التفريق ألا يقوم بها ما يمنع من مباشرتها وظاهر نصوص الفقهاء توحي بالحصر في هذه العيوب، إلا أننا إلى جانب هذه النصوص نجد نصوصاً لبعض الفقهاء تدل على عدم قصر الأئمة التفريق على العيوب المتقدمة ، فيلحق بها ما يماثلها من أضرار وعيوب .

ثالثاً – الرأي الثالث[1] :

وهو الذي يجيز طلب التفريق مطلقاً ، ويمثله " **شريح** " و" **ابن شهاب الزهري** " و" **أبو ثور**" فكل عيب بأحد الزوجين ينفرمنه الأخر ويحول دون المقصود من النكاح ، يثبت به حق طلب التفريق من الرجل والمرأة .

وقد أيد ذلك " **ابن تيمية** " حيث قال : " ترد المرأة بكل عيب ينفر عن كمال الإستمتاع " . ومثل ذلك ما يقوله " **ابن القيم** " حيث قال : " والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ، ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار أي يثبت به طلب التفريق للطرف المضرور ، وما يقوله " **ابن تيمية** " و" **ابن القيم** " ليس جديداً على الفقه الإسلامي ، فقد نسبه " الكاساني " إلى " محمد بن الحسن " بقوله وقال محمد : رأيي خلو الزوج من كل عيب لا يمكنها المقام معه إلا بضرر ، كالمجنون ، والجذام ، والبرص ... حيث جاءت هذه العيوب بصيغة التمثيل .

والرأي عندي أن هذه التوسعة تتفق مع الأساس الفقهي الذي تقوم عليه نظرية التفريق للعيب ، والفرقة بالعيب تقع طلاقاً بائناً عند الأحناف والمالكية ، وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنها فسخ وليست طلاقاً .

١- الشوكاني : نيل الأوطار : جـ٦ صـ١٥٦ ومابعدها .

المطلب الثاني

الموقف التشريعي

حتى صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، كان العمل في مصر يجري وفق الراجح في مذهب الإمام أبي حنيفة ، ولكن الواقع العملي اتجه بالمشرع وجهة أخرى ، وكان الرأي الثالث الذي قال به " **الزهري** " و" **أبو ثور** " ثم " **ابن تيمية** " و" **ابن القيم** " هو أقرب الآراء تحقيقاً للمصالح التي توخاها المشرع ، ومنهجية التقنين تتيح لولي الأمر الاختيار الحر من فقه المذاهب ، وإلزام القاضي به عن طريق مبدأ تخصيص القضاء ، وهو ما حاوله المشرع المصري في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وغيرها من القوانين التى تستنبط من الشريعة الإسلامية :-

أولاً – النصوص القانونية وشرحها :

نصت المواد من ٩-١١ من القانون رقم ٢٥ لسنـ١٩٢٠ــة على أحكام الفرقة للعيوب وهذا نصها :-

مادة (٩) : للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها ، إذا وجدت عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر ، كالجنون والجذام والبرص ، سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به ، فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق .

مادة (١٠): الفرقة بالعيب طلاقه بائن .

مادة(١١): يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها .

وواضح من نصوص القانون أنها عالجت فقط العيوب غير التناسلية والمنفرة ، أما العيوب التناسلية التي تكون بالزوج كالعنة مثلاً ، فإن مذهب القضاء هو أرجح الأقوال في المذهب الحنفي ، وهو رأي "أبي حنيفة" الذي يجعل للزوجة إذا وجدت بزوجها أحد عيوب ثلاثة هي الجب والعنة والخصاء أن تطلب التفريق وعلى القاضي إجابة طلبها .

أما في العيوب غير التناسلية كالجنون والجذام والبرص فهي التي يحكمها القانون رقم ٢٥ لسنـــة ١٩٢٠ ، وهو يعطي الزوجة في هذه الحالة حق طلب التفريق بالشروط التالية :-

١- أن يكون العيب مستحكماً لا يمكن البرء منه ، أو يمكن ولكن بعد زمن طويل .

٢- ألا يمكن البقاء مع الزوج إلا بضرر ، والضرر عام يشمل الزوجة وأبناءها ، وأهل الخبرة من الأطباء هم الذين يناط بهم تقرير ذلك .

٣- ألا تكون الزوجة عالمة بالعيب عند عقد الزواج ، فإذا علمت فليس لها حق طلب التفريق .

٤- ألا تكون قد رضيت صراحة أو دلالة بالعيب بعد العقد فمتى علمت ورضيت لا يكون لها حق طلب التفريق .

٥- أن تطلب الزوجة التفريق - لأنه حقها - من القاضي ، لأن فعل القاضي يضاف إلى الزوج وكأنه طلقها بنفسه ، إذا كانت المرأة غائبة جاز طلب التفريق من وكيلها ، وإذا كانت فاقدة الأهلية أو ناقصتها جاز لوليها طلب التفريق .

وفى حالة العيوب التناسلية يؤجل القاضي العنين والخصي سنة كاملة لاختبارهما قبل الحكم بالفرقة ، ولا عبرة بتأجيل غير القاضي كأن يتفق الزوجان على ذلك ، أو تمهل الزوجة زوجها ، والتأجيل هنا ولمدة سنة وجوبي على القاضي طبقاً لنص المادة ٢٩٩ من لائحة الإجراءات الشرعية

حتى لو صدق الرجل الزوجة وأقر بعيبه ، والسنة القمرية ٣٤٥يوماً هى أساس التقدير على الرأى الراجح عندنا ، وتبدأ السنة من يوم الخصومة أى من يوم إقامة الزوجة الدعوى على زوجها .

ثانياً–رأينا فى القانون :–

لا شك فى أن القانون فيه إيجابيات كثيرة ، فى مقدمتها التوسع فى العيوب التى تثبت التفريق ، أخذاً بما روى عن " الزهرى " " وسعيد بن المسيب " ، وكما قيل بحق – فإن القانون أحسن صنعاً فى تعميم العيوب وعدم حصرها .

كما أحسن القانون صنعاً بأن جعل فرقة العيوب فرقة بائنة ، لأن الضرر الذى يقوم الطلاق برفعه ضرر دائم أو مستمر فترة طويلة ، وبالتالى فالأنسب أن يكون بائناً حتى لا يعود الزوج إلى المراجعة ويعبث بمصير المرأة التى هربت بجلدها منه . والقانون هنا يأخذ برأى الأحناف والحنابلة . فمتى وجدت المحكمة أن العيوب التى وصفها القانون ثابتة ، وأنه لم يحصل من الزوجة ما يسقط حقها فى طلب التفريق ، حكمت المحكمة بذلك وكان طلاقها بائناً سواء كانت الفرقة قبل الدخول أم بعده ، حتى يتحقق الغرض المقصود من التفريق بالعيب .

وعلى الرغم من إيجابيات القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ إلا أن به من العيوب ما يحسن الإشارة إليها .

١– منها أن القانون أخذ برأى الأحناف وقصر حق التفريق على الزوجة وحدها ، والمصلحة تقتضى الأخذ برأى الجمهور ويعطى لكل من الزوجين حق طلب التطليق بالعيب المستحكم فى الآخر ، ولا يقال أن الزوج يملك الطلاق ، لأن أعباء التطليق غير أعباء الطلاق .

٢– ومنها أن القانون لم يحدد مدة إمهال الزوج الذى به عيب يرجى زواله ، وترك ذلك للخبرة ، وهذا يضر بالزوجة ، ويؤدى إلى الخلاف بين

قضاة المحاكم من ناحية ، وبين المتقاضين أنفسهم من نا حية أخرى ، وقد حدد القانون الإمهال للمجنون والعنين بعام ، وهى مدة مناسبة إذا حددها لمن به عيب يرجىء زواله .

المبحث الثالث

التطليق للإضــرار

الحياة الزوجية غايتها المودة والرحمة ، ومن مقاصدهـا التناسـل وتكوين الأسرة ، وهى غايات ومقاصد لا يحققها إلا الاستقرار ، فإذا ثار النزاع بين الزوجين ، وأصبح التنازع والتخاصم ، هو ما يلتقيان عليه صبـاح مساء والكيد وإلحاق الأذى هـو ما يتفقان عليه ، إذا حدث ذلك فإنها أسرة تعيسة ، الزوج فيها قلق النفس سئ السلوك ، والمرأة فيها تعـانى الاضطهاد أو تشتغل بحبك الدسائس انتقاماً من الزوج أو رداً لمكائده ، ودفعاً لأضـراره . وقد لا يكون الأضرار عن عمد بل لغيبة من الزوج قد تكونُ غير مقصـودة ، أو حبس ابتعد به الزوج عن أهله ، ولكنــه لا يريده وإن ارتكب ما يوجبـه ، ويستحق عليه المؤاخذة واللوم .

كل هذه أضـرار لا تلحق بالزوجين فحسب بل تمتـد إلـى الأولاد والأصهار ، وليس من سبيل لحسمها إلا فرقة يتباعد بها الطرفان ، وقد يعـود بعد الفرقة ما ضاع من أمـان . والمذهب الحنفى لا يعرف الفرقـة بالشقاق والضرر ، فاتجه المشرع المصرى إلى المذاهب الأخـرى ، وأسعفه المذهب المالكى فأخذ عنه أحكام التفريق للضرر بسبب الشقاق ، أو غيبـة الـزوج ، أو حبسـه ، وهذا ما نص عليـه القانون رقـم ٢٥ لسنــــ١٩٢٩ـــة والمعـدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنــ١٩٨٥ــة وسوف ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : التطليق لسوء العشرة وتعدد الزوجات .

المطلب الثانى : التطليق للغيبة وحبس الزوج

المطلب الأول

التطليق لسوء العشرة وتعدد الزوجات

حسن المعاشرة والألفة والمودة ، من عناصر البناء الأخلاقي الأسرى، فإذا تحولت المودة إلى بغض ، وانقلبت الألفة إلى سوء عشرة وهجر ، فالفرقة أولى وأوجب ، وكان القضاء المصرى يعمل بأرجح الأقوال فى المذهب الحنفى ، وهو مذهب لا يعرف التطليق للضرر ، ولا يفتح للزوجة باباً للخلاص ، حتى لو أصبح الزوج لا يطاق ، ومسكن الأسرة كأنه جحيم ، فجاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وأخذ أحكام التطليق للضرر من المذهب المالكى ، وأضاف القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ مادة جديدة تجيز للزوجة التى تزوج عليها زوجها ، طلب التفريق للضرر ، ويقع عليها عبء إثبات الضرر حتى تقبل دعواها ، ويحكم لها بالتفريق .

أولاً- التطليق لسوء العشرة :

وهو الجديد الذى جاء به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، أخذاً من مذهب الإمام مالك(١) ، وهو اتجاه فقهى يجد سنده فى قوله تعالى : ﴿ **وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما ، إن الله كان عليماً خبيراً** ﴾ .

وقد نصت المواد ٦-١١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على هذه الأحكام الجديدة ، ووضعت لأول مرة فى التشريع المصرى للأحوال الشخصية مبدأ خلاصته أنه يجوز للزوجة أن تطلب من القاضى التفريق بينها وبين زوجها إذا ادعت إضراره بما لا يستطاع معه دوام العشرة بالمعروف

١- الحطاب : مواهب الجليل : جـ٤ صـ١٧ .

بين أمثالها ، وعلى القاضي بعد سماع الدعوى أن يجتهد أولاً في الإصلاح بينهما ، والعمل على إزالة الخلاف ، فإذا فشل سعيه ، سار في الدعوى بالطرق الشرعية ، وبحث وقائع الإيذاء التي ادعت الزوجة حصولها ، ومدى ما أصابها أو يصيبها منها من أضرار ، ويراعي في ذلك ظروف الزوجين ، وحالتهما ومنزلتهما الأجتماعية والثقافية ، والوسط الذي يعيشان فيه ، وغير ذلك من الاعتبارات ، والضابط العام في ذلك هو أن يكون الأضرار المدعى به من شأنه استحالة دوام المعاشرة الزوجية : فإذا ثبت طلقها القاضي طلقة بائنة .

وقد استبدل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ نصوص المواد من ٦-١١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بمواد أخرى ، لا تختلف في مضمونها كثيراً عن المواد المعدلة ، مع بعض الإضافات الإجرائية التي رأى فيها المشرع أهمية خاصة لتحقيق غايات التفريق لسوء العشرة ، مع ملاحظة أن المادة السادسة الخاصة بهذا التفريق بقيت كما هي ، فالنصوص الحاكمة للتفريق للضرر في القضاء المصري ما يلي :-

١- في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ لا تزال المادة السادسة وهي أساس التفريق بالضرر وسوء العشرة باقية على حالها ، وحكمها قائم بلا تعديل ، ونصها ما يلي :

مادة (٦) إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها ، بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر ، بعث القاضي حكمين وقضى على الوجه المبين بالمواد من ٧-١١ .

٢- فى القانون رقم ١٠٠ لسنه ١٩٨٥ :

أحكام هذا القانون جاء تعديلاً لبعض مواد القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، مع إضافات جديدة ، والمواد من ٧-١١ بعد تعديلها هى :

مادة (٧) يشترط فى الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا من غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما .

مادة (٨) -أ- يشتمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما على ألا تجاوز مدة ستة أشهر ، وتخطر المحكمة الحكمين والخصم بذلك ، وعليها تحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانه .

(ب) - يجوز للمحكمة أن تعطى للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر ، فإن لم يقدر ما تقريرهما اعتبرتهما غير متفقين .

المادة (٩) لا يؤثر فى سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم إخطاره .

وعلى الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ، ويبذلا جهدهما فى الإصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة .

المادة (١٠) إذا عجز الحكمان عن الإصلاح .

أ- فإذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التفريق بطلقة بائنة دون مساس بشيء من حقوق الزوجية المترتبة على الزواج والطلاق .

ب- وإذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التفريق نظير بدل مناسب يقدر أنه تلزم به الزوجة .

جـ- إذا كانت الإساءة مشتركة اقترحا التفريق بدون بدل أو ببدل يتناسب مع الأساءة .

- وإن جهل الحال ولم يعرف المسيء منهما اقترح الحكمان تطليقاً دون بدل .

المادة (١١) على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلـى المحكمـة مشتملاً على الأسباب التى بنى عليها ، فإن لم يتفقا بعثتهما مع ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الإصلاح وحلفته اليمين المبينة فى المادة (٨) .

وإذا اختلفوا أو لم يقدموا تقريرهم فى الميعاد المحدد سـارت المحكمـة فـى الإثبـات ، وإن عجـزت المحكمـة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لهـا استحالة العشـرة بينهمـا وأصـرت الزوجـة علـى الطـلاق ، قضـت المحكمـة بالتطليق بينهما طلقة بائنة مع إسقاط حقوق الزوجـة الماليـة كلها أو بعضها وإلزامها بالتعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتضى .

هذه هى مواد التفريق لسـوء العشـرة فى القـانون المصـرى للأحـوال الشخصية ، وقـد تطـورت فيهـا مهمـة الحكمين . فهى فـى القـانون رقـم ٢٥ لسنـــ١٩٢٩ــة تحكيم ملزم بنتائجه ، فـإذا اتفق الحكمـان علـى شيء معين حررا به محضراً كتابياً يشمل بحثهما وعملهما ، وما يقررانه فى الموضـوع ، ويوقعان عليه معاً ويرفعانه للقاضى الذى يجب عليه أن يحكم بمقتضاه .

فما جاء به القانون رقم ٢٥ لسنــ١٩٢٩ــة تحكيم يلتزم به القاضى .

أما دور المحكمين وفقاً للمـواد السـالفة الذكر فـى القـانون رقـم ١٠٠ لسنـ١٩٨٥ــة فيقتصر على الإصلاح بين الزوجين ، فـإذا عجـزا عنـه رفعـا إلى القاضى تقريراً يتضمن ما يريانه من اقتراح ومـن بينهـا الطـلاق ببدل أو بغير بدل ، والقـاضـى هـو الـذى يقضـى بـالتطليق إذا رأى ذلـك وهذا يكـاد يذهب جوهر التحكيم ، وقد قضت محكمة النقض المصرية فـى حكـم لهـا فـى ٦/٢٦ لسنـــ١٩٩٠ــة بأن الحكمين طريقهما الحكـم لا الشـهادة ولا الوكالـة ، وأنهما إذا اتفقا على رأى نفذ حكمهما ووجب على القاضى إنفـاذه دون تعقيـب

وما ارتأته محكمة النقض هو الصحيح فقهاً ، ولكن نصوص القانون لا تسعف على القول به .

ومن اللافت للنظر أيضاً أن القانون رقم ٢٥لسنة١٩٢٩ كان يشترط الرجولة فى الحكمين ، وهو ما أغفله نص المادة السابعة بعد تعديله بالقانون رقم ١٠٠ لسنة١٩٨٥ ، وبالتالى يصح طبقاً لنص المادة السابعة بعد تعديلها أن يكون الحكمان امرأتين أو امرأة ورجلاً .

ثانياً – التطليق لتعدد الزوجات[1] :

المادة ١١مكرر (١) من القانون رقم ١٠٠ لسنة١٩٨٥ أضافت حكماً جديداً لم يرد فى القانون رقم ٢٥ لسنة١٩٢٩ يجيز للزوجة التى تزوج عليها زوجها ، والزوجة التى تزوجها الرجل وهى غير عالمة بأنه متزوج بأخرى ، أجاز لها أن تطلب التطليق إذا لحقها ضرر يتعذر معه دوام العشرة ، ولو لم تكن قد اشترطت عليه فى العقد ألا يتزوج عليها . والنص الجديد ما يلى :

مادة (١١) مكرر ٠٠٠٠ويجوز للزوجة التى تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادى أو معنوى يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ولو لم تكن قد اشترطت عليه فى العقد ألا يتزوج عليها .

فإذا عجز القاضى عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلقة بائنة ويسقط حق الزوجة فى طلب التفريق لهذا السبب بمضى سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى . إلا إذا كانت قد رضيت بذلك صراحة أو ضمناً . ويتجدد حقها فى طلب التطليق كلما تزوج بأخرى .

١- راجع موقف الفقه الحديث فى هذا الصدد ما كتبه العلامة محمد مصطفى المراغى فى كتابه : بحوث فى التشريع الإسلامى ط ١٩٢٧ صـ٥١-٥٨ .

وإذا كانت الزوجة الجديدة لم تعلم أنه متزوج بسواها ثم ظهر أنه متزوج فلها أن تطلب التطليق كذلك .

هذا النص الجديد أجاز للمرأة التى تزوج عليها زوجها أن تطلب التطليق منه بالشروط الآتية :

١ - أن تكون المرأة طالبة التطليق زوجة بعقد زواج صحيح فالعقد الفاسد لا يعطيها هذا الحق ، ولا يشترط الدخول أو الخلوة ، فيكفى العقد الصحيح لإثبات حق الزوجة فى طلب التطليق إذا تزوج رجلها بأخرى .

٢ - أن يترتب على الزواج بأخرى ضرر مادى أو معنوى للزوجة طالبة التطليق ، فإذا لم يثبت الضرر يرفض طلب التطليق ، ويقع على المرأة عبء إثبات هذا الضرر .

٣ - أن يكون الضرر المتحقق بما يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما.

والضرر الذى نصت عليه المادة الحادية عشرة من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ هو ضرر حقيقى ، ويقع عبء إثباته على المرأة التى تدعيه ، وتطلب التطليق بناء عليه ، وكان المرسوم بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ يقضى بغير ذلك ويعتبر الزواج بأخرى ضرراً مفترضاً بحكم القانون ولا يقبل اثبات العكس ، ويجيز للزوجة أن تلجأ إلى القضاء طالبة التطليق ، وليس عليها إلا تقديم ما يثبت زواج زوجها بأخرى ، ولا شك أن النص القديم يكاد يمنع التعدد ، بل ويعتبر مجرد حدوثه ضررا بذاته ، وهو مما يخالف النصوص الشرعية التى أباحت التعدد ، وحسنا فعل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، فقد استجاب لنقد الفقه الشرعى للمرسوم بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ، صحيح أن القانون برمته قضى بعدم دستوريته لأسباب شكلية، وعيوب إجرائية ، إلا أن هذا النص كان معرضاً للإلغاء أمام المحكمة الدستورية حتى ولو لم يتعرض القانون لعيوب فى الشكل والإجراءات .

وعلى الرغم من التعديل الذى جاءت به المادة ١١من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، إلا أن التطبيق العملى يطرح عدداً من الصعوبات ، أهمها كيفية تحديد الضرر المعنوى ، لأنه حالة نفسية لا يمكن للغير الإحساس بها أو تقديرها . خاصة- كما قيل بحق - أن الضرر النفسى لا يتعلق به حكم شرعى ، إذ الحكم كما عرفه الأصوليون هو خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين طلباً أو تخييراً أو وضعاً ، فالحكم الشرعى متعلق بأفعال المكلفين لا بعواطفهم ولا بأهوائهم . والرأى عندى أن تحديد الضرر النفسى أو حصر صوره أمر يخالف الحقيقة ، والأنسب ترك الأمر للقضاء يبت فيه وفقاً للقواعد العامة فى الشريعة الإسلامية، ودعوى التطليق بسبب التعدد لا تخضع لإجراءات التطليق للضرر المنصوص عليها فى المواد من ٦-١١ . فلا يشترط عرض النزاع على المحكمين ، فالقانون لم يشر إليهما فى هذا الشأن، وكل ما اشترطته المادة ١١ مكرراً أن على القاضى أن يتدخل للاصلاح بين الزوجين قبل الحكم بالتطليق ، والتدخل بالاصلاح من القاضى وجوبى هنا ، فإذا أغفل القاضى هذا الإجراء ، وحكم بالتطليق قبل عرض الصلح كان الحكم باطلاً .

وحق الزوجة فى طلب التفريق للزواج بأخرى لا تملكه على الدوام ، بل لابد من استخدامه خلال فترة معينة ، ويسقط حقها فى طلب التطليق لهذا السبب بمضى سنة من تاريخ علمها بالزواج الجديد ، ويتجدد حقها فى طلب التفريق كلما تزوج رجلها بأخرى ، كما ينشأ حق للزوجة الجديدة إذا ما تزوج بأخرى ، فالنص لا يتعلق بالزوجة الأولى بل تستفيد به كل زوجة جديدة كانت أم قديمة ، مسلمة كانت أو كتابية ، بل أن الحق فى طلب التفريق يثبت للزوجة الجديدة إذا لم تعلم أنه متزوج بسواها ، ثم ظهر بعد ذلك أنه متزوج، ولا يسقط حق الزوجة الأولى فى طلب التطليق لزواج زوجها بأخرى بموافقتها على الزواج الثانى أو برضاها به ، أو بعدم إقامتها الدعوى فى

... التى رفعتها لإخفاقها فى الإثبات ، أو لتنازلها عن دعواها بقبولها الصلح مع زوجها أو لأى أمر آخر ، كل ذلك لا يسقط حق الزوجة الأولى إذا تزوج الزوج بزوجة جديدة ، فالحق فى طلب التطليق يتجدد مع كل زواج جديد ولكل الزوجات بلا استثناء حتى الزوجة الجديدة مع توافر الشروط التى نص عليها القانون .

واثبات الزواج الجديد يحتاج إلى ما يلى :

١- أن تثبت الزوجة أن زوجها قد تزوج زواجاً شرعياً صحيحاً فالعقد الفاسد لا يبيح طلب التفريق .

٢- أن يثبت الزواج بأحد أمرين :

أ- يثبت الزواج بالوثيقة الرسمية المستوفاة لشروط صحتها طبقاً للبلد الذي تم فيه الزواج ، لأن الشروط تتبع قانون العقد .

ب- ويثبت الزواج أيضاً بالوثيقة العرفية عند اقرار الزوج به ، ولا يثبت بها عند الإنكار ، لأن دعوى الزوجية في هذه الحالة لا تسمع أصلاً .

وطلب التطليق في هذه الحالة هو تطليق للضرر ، ومناطه وقوع الضرر فعلاً، فإذا طلق الزوج زوجته الجديدة ، فلا يمنع ذلك من الإستمرار في نظر الدعوى ، ذلك أن زوال الضرر بعد وقوعه لا تمنع من التطليق ، وهذا ما انتهت إليه أحكام محكمة النقض المصرية .

٣- أن تطلب التطليق قبل مضي سنة من تاريخ علمها بالزواج الآخر.

والتطليق الذي يحكم به القاضي بناء على نص المادة ١١ مكرر في هذه الحالة ، هو طلاق بائن .

ثالثاً – طلب الزوجة التفريق عند اعتراضها على العودة إلى مسكن الزوجية:

تنص المادة ١١ مكرر في فقراتها الثانية على ما يلي :

إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف النفقة من تاريخ الامتناع.

وتعتبر ممتنعة دون حق اذا لم تعد الى مسكن الزوجية بعد دعوة الزوج اياها للعوده باعلان على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها وعليه أن يبين فى هذا الأعلان المسكن ، وللزوجة الأعتراض على هذا أمام المحكمة الأبتدائية خلال ثلاثين يوما من تاريخ هذا الاعلان . وعليها أن تبين فى صحيفه الاعتراض الاوجه الشرعيه التى تستند إليها فى امتناعها عن طاعته وإلا حكم بعدم قبول اعتراضها ، ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض إذا لم تتقدم به فى الميعاد .

وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض ، أو بناء على طلب أحد الزوجين ، التدخل لانهاء النزاع بينهما صلحا باستمرار الزوجيه وإحسن المعاشرة ، فإذا بان لها أن الخلاف مستحكم وطلبت الزوجة التطليق اتخذت المحمكه اجراءات التحكيم الموضحه فى المواد من ٧ – ١١ .

هذه المادة إضافة جديدة من القانون رقم ١٠٠ لسنه ١٩٨٥ ، وهى تضيف حكما جديدا ، يلتحق بالتطليق للضرر عند الشقاق بين الزوجين ، والنص ينطبق على الزوجه التى تغادر منزل الزوجيه وتمتنع من العودة إليه، بعد أن طلبها الزوج بالطريق الذى نص عليه القانون ، وفى هذه الحالة يمكن للزوجة الاعتراض على دعوتها إلى بيت الزوجية ، وإيداع أسباب الاعتراض، ولها عند نظر الاعتراض المقدم منها أن تطلب التطليق من زوجها . وطلب الزوجة في هذه الحالة يختلف عن دعوى طلب التفريق للضرر بسبب الشقاق بين الزوجين . ففي حالة طلب التطليق أثناء نظر دعوى اعتراض الزوجة على الطاعة ، فإن المحكمة إذا لم تتمكن من إنهاء

النزاع بين الزوجين صلحاً، تتخذ اجراءات التحكيم المنصوص عليها في المواد من ٧ - ١١ مباشرة ، ولا تنتظر إخفاق الزوجة في إثبات دعواها مرة مرة كما في دعوى التطليق للشقاق .

وإذا أقامت الزوجة دعواها بالإعتراض على دعوة الزوج لها بالعودة إلى منزل الزوجية ، لما ضمنتها من أسباب ، وعجزت المحكمة عن إنهاء النزاع صلحاً، وطلبت الزوجة الطلاق ، فإنه على المحكمة إتخاذ اجراءات التحكيم ، والمحكمة في هذه الحالة تلتزم بالنتيجة التي ينتهي إليها التقرير ، فإن اتفق الحكمان التزمت المحكمة بما انتهيا إليه ، وإن لم يتفقا بعثتهما مع ثالث ، فإذا اتفق المحكمون التزمت برأيهم ، وإن اختلفوا أو لم يقدموا تقريرهم في الموعد المحدد وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتطليق مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها أو إلزامها بالتعويض المناسب .

وعمل الحكمين في حالة التطليق عند نظر الإعتراض ، يختلف عن عملهما في حالة التطليق للشقاق ، في الحالة الأولى ما يتفق عليه الحكمان أو المحكمون ملزم للمحكمة والعمل بغيره مبطل للحكم ، فلابد أن تتقيد المحكمة بتقرير الحكمين عند الاتفاق ، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية ، حيث قضت بأن طلب الزوجة التطليق من خلال دعواها بالاعتراض على الطاعة ، ووجوب اتخاذ اجراءات التحكيم فيه إذا عجزت المحكمة عن الاصلاح بين الزوجين . فإن اتفاق الحكمين على التطليق ، مؤداه وجوب القضاء بما قرراه دون معارضة أو مناقضة ، ومخالفة ذلك خطأ .

أما في الحالة الثانية وهي التطليق للشقاق فإن التقرير المقدم من الحكمين لا يلزم المحكمة بل يعتبر ورقة من أوراق الدعوى ودليلاً للإثبات فيها يخضع لتقدير المحكمة .

وتطليق القاضي الزوجة على زوجها إذا طلبت التطليق أثناء نظر دعوى الاعتراض على دعوى الزوج إياها العودة إلى مسكن الزوجية ، هو طلاق بائن بإعتباره طلاقاً للضرر ، ولصريح نص المادتين ١٠ ، ١١ من المرسوم (١) بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

المطلب الثاني

التطليق للغيبة وحبس الزوج

الحياة الزوجية تعني الدفء والاستقرار ، وتعني رب الأسرة ورعايته لها ، فإذا غاب الزوج بدون عذر ، أو ارتكب ما يوجب حبسه ، فإن استقرار الحياة الزوجية يتلاشى ، فالفراق ألم معنوي قد يهون أمامه عدم الإنفاق . والفرقة به ثابتة حتى لو كان للزوج مال ظاهر تنفق منه ، لأن مطالب الجسد متعددة ، ولا تنحصر في السكن والغذاء والكساء وهي العناصر التقليدية للنفقة.

إن الطبيعة البشرية تجعل فراق الزوج لزوجته مدة طويلة أمر شديد الضرر بالغ الخطر ، أما ضرره فيتعلق بآثاره السلبية على الصحة النفسية ، وأما خطره فيكمن في أثره على الكيان الأخلاقي ، وهو ما انتبه إليه عمر بن الخطاب الصحابي الجليل والخليفة الثاني ، فكان يأمر جنوده بزيارة زوجاتهم خلال زمن لا يجاوز مدة الايلاء وهو أربعة أشهر . وفراق الزوج زوجته اختياراً كما في الغيبة ، واضطراراً كما الحبس جعله القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أحد أسباب التفريق القضائي بين الزوجين .

أولاً – التفريق للغيبة :

في الفقه الإسلامي رأيان في إجازة التفريق للغيبة رأي يمنع ورأي يجيز .

١- الرأي الأول[١] : ويقول به الأحناف والشافعية والظاهرية ، والشيعة الزيدية والجعفرية. وهو رأي يمنع أن تكون الغيبة سبباً في التفريق بين المرأة وزوجها ، وسواء في ذلك أن تكون الغيبة بعذر أو بغير عذر ،

١- المرغيناني : الهداية جـ٤ صـ٤٣٣ وما بعدها ، الأم جـ٥ صـ٢٣٩، المحلى جـ١ صـ١٣٣-١٤٢ ، محمد جواد مغنية الفصول الشرعية صـ٦٧ .

وكان مذهب القضاء في مصر على هذا الرأي باعتباره ملزماً بأرجح الأقوال في مذهب أبي حنيفة حتى صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

٢- الرأي الثاني : ويقول به المالكية والحنابلة على خلاف في التفاصيل وهذا يعطي المرأة حق طلب التفريق لغياب الزوجين .

أ- رأي الحنابلة[١] : يفرق الحنابلة بين الغيبة بعذر للتجارة أو طلب العلم وبين الغيبة لغير عذر ، وجعلوا الغيبة بغير عذر سبباً في طلب التفريق من القاضي، إذا كانت غيبته ستة أشهر أو يزيد ، وأعلنه القاضي بالحضور إذا كان معلوم المكان ويصل إليه الإعلان ، وإنما قيدت مدة الغيبة عندهم بستة أشهر مما جاء في الأثر أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه استفسر من حفصة أم المؤمنين كم تصبر المرأة عن زوجها فقالت خمسة أشهر أو ستة أشهر .

ب- رأي المالكية[٢] : ذهب مالك إلى التفصيل - كما نقل الشيخ زكريا البرديسي - فإذا غاب الزوج غيبة تتضرر منها المرأة سنة بناء على الرأي الراجح في المذهب ، سواء كانت الغيبة بعذر أو بغير عذر ، فإما أن يكون الزوج في مكان يصل إليه الإعلان أرسل إليه القاضي بأن يحضر إلى البلد الذي تقيم فيه زوجته ، أو ينقلها إلى البلد التي هو فيها ، وإلا طلق عليه، ويعطيه القاضي أجلاً فإذا امتثل لطلب القاضي بالحضور أو نقل زوجته فلا تطليق ، وإذا امتنع وانتهى الأجل وأصرت المرأة على التطليق أجابها القاضي إلى دعواها ، وحكم بالتطليق .

وإذا كان الزوج في مكان مجهول أو لا يصل إليه الإعلان فإن القاضي يطلقها دون إمهال ، لعدم جدوى التأخير ، وأساس التفريق عند

١- المغني : جـ٧ صـ٤٨٨ ، كشاف القناع جـ٣ صـ١١٤ .

٢- مواهب الجليل جـ٤ صـ١٥٥-١٥٦ وفيه تفصيلات متعددة عن القانتين وأنواعهم .

أصحاب هذا الرأي هو الضرر الذي يصيب الزوجة ، ويجب على القاضي رفعه ، فلا ضرر ولا ضرار في الإسلام .

والراي الثاني : هو ما أخذ عنه المشرع المصري في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، فاختار ولي الأمر من مذهبي المالكية والحنابلة ما يراه يحقق مصلحة المجتمع ، ويوافق أحوال الناس ، ويحمي مقاصد الشريعة . وذلك على النحو التالي :

١- **النص التشريعي** : جاء حكم التطليق للغيبة في المواد من ١٢ - ١٣ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المادة (١٢) ، إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائناً إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه .

والضرر المشار إليه النص وإن كان يستوعب المعنى العام للأضرار، إلا أنه يختلف عن الضرر الواقع على الزوجة بسبب إيذاء الزوج أو عدم إنفاقه عليها ، فالزوج لا يعذر عن إيذائه ، وقد يعذر عن إعساره بالنفقة ، ولكن الضرر الذي يوجب التفريق للغيبة لا يتحقق إلا إذا كانت الغيبة بلا عذر مقبول .

المادة (١٣) إذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلاً وأعذر إليه بأن يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها . فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً فرق القاضي بينهما بتطليقة بائنة . وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضي عليه بلا إعذار وضرب أجل .

ومفهوم الغيبة في حكم هاتين المادتين يعني انتقال الزوج إلى بلد غير بلده وإقامته فيه ، أو رحيله إلى مكان مجهول ، أما إقامته في بلده مع تركه لمنزل الزوجية فلا تعد غيبة تنطبق عليها أحكام المادتين ١٢ - ١٣ ، بل هي هجر يمكن على أساسه طلب التفريق للإيذاء طبقاً لنص المادة السادسة من

القانون ، فكل غيبة أضرار ، وليس كل أضرار غيبة ، فقد يأتي الإضرار في صورة عدم الإتفاق أو الشقاق ، أو الزواج بأخرى ، أو الغيبة بغير عذر مقبول .

وواضح من استعراض أحكام هاتين المادتين أنهما تلفيق من المذهبين المالكي والحنبلي ، فقد أخذ القانون برأي المالكية في مدة الغيبة ، وبرأي الحنابلة في اشتراط أن تكون الغيبة عذر حتى تكون سبباً للتفريق هذا بالنسبة للمادة ١٢ من القانون أما المادة ١٣ فقد استمدت جميعها من المذهبين المالكى والحنبلى لاتفاقهما على حكمها .

٢- **فقه النص** : الغائب بمقتضى هذا النص من تطول غيبته لأكثر من عام ، فالغياب دون السنة لا يعد به الزوج غائباً فى مفهوم المادة .

والغائب نوعان بمقتضى هذه المواد أيضاً هما :

أ- غائب معلوم الإقامة ، ويمكن وصول الرسائل إليه ، وهذا الغائب يضرب له القاضى أجلاً ، ويعلمه بثلاثة خيارات هى : أن يحضر للإقامة مع زوجته ، أو أن ينقلها إليه حيث يقيم ، أو أن يطلقها .

فإذا اختار أحدهما فلا يطلق القاضى عليه ، وإذا امتنع عن الاختيار ولم يرد خلال الأجل الذى حدد له طلق القاضى عليه بعد أن يتحقق من وصول الإعلان إليه . ولا تجوز التطليق بغير الكتابة إلى الغائب وانتظارمدة الإمهال وإلا وقع الحكم باطلاً . والكتابة إلى الغائب التى يعتد بها فى حكم هذه المواد هى التى تتم من القاضى ، أما المراسلات بينه وبين زوجته ، أو من أهله وأصدقائه فليست من الإمهال القانونى فى شيء ولايترتب عليها أى أثر .

ب- غائب مجهول الإقامة : ويلحق به من يستحيل وصول الرسائل إليه ، وفى هذه الحالة يطلق عليه القاضى دون إمهال ، فلا فائدة من ضرب

الأجل ، والامتناع عن التطليق فوراً هو ضرب من الأضرار بالزوجة ، ومهمة القاضى رفع التعدى وإزالة الضرر .

وحتى يصح التطليق لغيبة الزوج طبقاً لما نص عليه القانون لابد من توافر الشروط الآتية :

أ- أن يغيب الزوج فى بلد غير الذى تقطن فيه الزوجة ، ويستوى فى ذلك البلد القريب والبلد البعيد ، أما الغيبة من بيت الزوجية مع الإقامة فى نفس البلدة ، فهى غيبة لا تدخل فى مفهوم ، النص ، ويرفض طلب التطليق للغيبة بها ، فهى هجر تتناوله مواد التطليق للإيذاء والشقاق .

ب- أن تكون الغيبة سنة فأكثر ، ولا يقبل دعوى التطليق للغيبة قبل مضى هذه المدة ، والسنة المقصودة فى هذه المادة هى السنة الشمسية وعدد أيامها ٣٦٥ يوماً ، طبقاً لنص المادة ٢٢ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

ومضى السنة إجراء جوهرى لقبول الدعوى ، وإغفاله يؤدى إلى بطلان الحكم .

جـ- أن يكون الغياب بغير عذر مقبول ، فإذا كان بعذر شرعى ، كالسفر لطلب العلم أو الغيبة للتجارة فلا يجوز التطليق ، ولم يحدد الفقهاء الأعذار الشرعية على سبيل الحصر ، فتقدير العذر موكول إلى قاضى الموضوع ، لا رقابة عليه من محكمة القانون - محكمة النقض - طالما كان تقديره سائغاً .

د- أن تتضرر الزوجة من الغيبة فتطلب التطليق ، ذلك لأن الضرر هو سبب الدعوى فلابد من ثبوته ، ولأن التطليق حق للزوجة فلابد من طلبه فلا يقضى به القاضى من تلقاء نفسه .

واختلف فى غيبة الأسير والمعتقل هل تعد غيبة فى مفهوم هذا النص، وبالتالى يحكم بالتطليق إذا توافرت شروطه ، بهذا قال البعض ولم يفرق بين الغيبة الاختيارية والغيبة القهرية ، فأسير الحرب والمعتقل لأسباب تتعلق

بخطورته كلاهما - عند أصحاب هذا الرأى - يأخذ حكم الغائب إذا امتد أسره أو اعتقاله سنة فأكثر ، لأن المناط فى ذلك تضرر الزوجة من بعد زوجها عنها ولا دخل فى ذلك بكون البعد بإختياره أو قهراً عنه .

ومع تقديرنا لدوافع هذا الرأى ، إلا أن النص لا يساعد عليه ، والرأى عندى أن النص بمفهومه ومنطوقه يتحدث عن الغيبة الإختيارية ، ويجعلها موجباً لطلب التطليق إذا كانت بغير عذر يقبله القاضى ، فمناطها قصد الأضرار لا محض الأضرار ولا دخل للزوجة فى تقدير العذر بل هو مما يستقل قاضى الموضوع بتقديره . وقد أحسن - مشروع الأحوال الشخصية لمجمع البحوث الإسلامية صنعاً بالنص فى المادة ١٣٢ منه بأن الأسير والمعتقل كالغائب بعذر لا يجوز لزوجة كل منهما طلب التفريق .

ذلك أنه لا يمكن التسوية فى الحكم بين الأسير الذى ألقى به إلى هذا المصير دفاعه عن وطنه ، وجهاده فى سبيل بلاده ، وبين المسافر بلا عذر استهتاراً بحقوق الزوجة أو إنكاراً لها .

أما المعتقل فقد أحسن المشروع صنعاً فى هذا المشروع بإلحاقه بالغائب بعذر مقبول ، لأن الإعتقال أصبح من التدابير التى يسرف الأمن الجنائى والسياسى فى استخدامها ، خاصة فى ظل قوانين الطوارىء ، فجعلها ذريعة للتطليق إجحافاً بحق الزوج ، وقد يفضى إلى سوء استعماله من أطراف كثيرة ، ولا تكفى مجرد الرقابة القضائية على استخدام هذه التدابير، بل لا بد من استبعادها من نطاق مفهوم الغيبة التى تجيز طلب التطليق بها .

والتطليق الذى يحكم به القاضى للغيبة يقع تطليقة بائنة حتى ولو طلبت الزوجة فى دعواها فرقة رجعية ، لأن القاضى يملكه بوصف البينونة فلا يتعداه إلى غيره ، خاصة وأن وصف الطلاق من عمل الشارع فلا يعتد فيه بإرادة الزوجين أو أحدهما ، وقد صرحت المادة (١٢) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بأن تطليق القاضى فى هذه الحالة يقع بائناً .

وعبء إثبات الضرر للتفريق بالغيبة يقع على عاتق الزوجة ، ويكفى أن تقوم بإثبات وجود الضرر ، وليس عليها شرح مضمونه ، فقد يكون إحساسها بعدم الأمن لغيبة الزوج هو مضمون الضرر ، فالمضمون يتسع لكل ما يمثل إضراراً بالزوجة ولا نرى التضييق على الزوجة فى مجال الإثبات ، وحبسها أن المشرع قد قيده بالغيبة بلا عذر ، وبأن دعواها لا تقبل إلا بعد مضى عام فأكثر من تاريخ غيبة الزوج .

ثانياً : التطليق لحبس الزوج :

الزوج بشر يصيب ويخطىء ، ومن الأزواج العاصى والمطيع ، والزوج العاصى الذى يرتكب الجريمة ويعاقب عليها ، لا ينبغى أن تضار زوجته بجرائمه ، خاصة وأن من العقوبات ما يرغم الزوجة على انتظار زوجها السنين الطوال ، وذلك إضراراً بالزوجة ينافى مقاصد التشريع ، ويوقعها والمجتمع كله فى حرج شديد .

والفقهاء يختلفون فى جواز التطليق بسبب الحبس ، فالأحناف لا يجيزون الحبس سبباً للتطليق ، وفقههم فى الأخذ بهذا متناسق ، لأنهم لا يرون الغيبة سبباً للتفريق سواء بعذر أو لغير عذر .

أما الحنابلة(١) فالراجح عندهم عدم التفريق بين الرجل وزوجته بسبب الحبس ، لأن الغيبة بعذر وإن كان العذر فى ذاته غير مشروع .

ويذهب الإمام ابن تيمية(٢) فى فتاويه إلى هذا القول فى إمرأة المفقود، فهو بذلك يقترب من الفقه المالكى .

أما المالكية(٣) فهم يجيزون التفريق بين الزوج وزوجته بسبب حبس الزوج ، لأنهم يعتبرون مطلق الغيبة بعذر أو بغير عذر سبباً يجيز للزوجة

١- كشاف القناع جـ٤ صـ١١٥ .

٢- الاختيارات الفقهية صـ٢٨٠ .

٣- مواهب الجليل جـ٤ صـ١٥٧ .

طلب التطليق ، والمالكية فى هذا أيضاً مذهبهم متناسق لأنهم يرون أن مناط التطليق للغيبة وعلة التفريق بهما ، هو الضرر الذى قد يصيب الزوجة وهو متحقق سواء كانت الفرقة بعذر أو بغير عذر . والتطليق للحبس عند المالكية يقع بائناً . وهو ما أخذ به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وقد عدل به المشرع عما كان معمولاً به فى القضاء المصرى من أرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة والتى لا تجيز التفريق بين الزوجين لحبس الزوج .

١- **النص التشريعى** : جاءت بهذا التعديل المادة ١٤ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ونصها ما يلى :

مادة (١٤) لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضى بعد مضى سنة من حبسه - التطليق عليه بائناً للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه .

فمجال تطبيق النص ينحصر فى المحبوسين المحكوم عليهم بعقوبة مقيدة للحرية وهى الحبس ، والسجن ، الأشغال المؤبدة والمؤقتة ، أما حيث يكون الحكم بالغرامة أى بعقوبة مالية فلا مجال لتطبيق النص ، ولا مجال لتطبيقه أيضاً لو كانت العقوبة هى الإعدام ، وهذه ثغرة فى النص لأن الحكم بالإعدام عقوبة سالبة للحياة ، ولكن إجراءات تنفيذها قد تستغرق أعواماً فما هو السبيل لفصم عرى الزوجية ؟ لا يوجد حل فى نص المادة (١٤) من القانون والأجدر أن يتدخل المشرع لحسم المشكلة بنص تشريعى .

٢- **فقه النص** : اعتمد المشرع فى نص المادة (١٤) بالغياب الفعلى، وليس على الزوجة إلا إثبات واقعة الحبس ، وأنها بناء على حكم نهائى مدته ثلاث سنين فأكثر ، وليس عليها إثبات الضرر فالضرر هنا مفترض ، حتى لو كان للمحبوس مال تستطيع الزوجة الإنفاق منه .

والحبس حالة غياب فعلى ، والأعم الأغلب أن يكون المحبوس قد حوكم فى وطنه ، وحبسه تم داخل إقليم الدولة التى ينتمى إليها ، وليس ذلك

بشرط ، فيستحق الحبس فى حكم المادة (١٤) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، حتى لو حوكم الزوج خارج وطنه ، وحبس فى إقليم دولة أخرى ، ويكفى العلم بحبسه ولا يشترط لتطبيق نص المادة (١٤) أن يكون مكان الحبس معلوماً للزوجة كما لا يشترط أن يكون الحبس فى البلد التى فيها بيت الزوجيةَ أو خارجها .

والحبس المقصود في نص المادة (١٤) ليس عقوبة الحبس بالمعنى الفنى الدقيق فى القانون الجنائى ، بل كل العقوبات المقيدة للحرية . ولفظ المحبوس الوارد فى نص المادة ١٤ يقصد به الشخص الذى يتم تنفيذ العقوبة عليه وليس العقوبة ذاتها .

شروط التطليق للحبس :

نص المادة (١٤) وضع عدداً من الشروط ينبغى توافرها فى الحبس حتى يكون سبباً لطلب التطليق ، وهذه الشروط هى :

أ- أن تكون العقوبة مقيدة للحرية ، فالعقوبات السالبة للحياة ، والعقوبات المالية ، لا تجيز التطليق لهذا السبب ، وتساءل الفقهاء عن الاعتقال هل يقاس على الحبس ويعتبر مثله سبباً للتفريق وبنفس شروطه ؟ أم أنه لا اجتهاد فى موضع النص ، فلا يعتبر الاعتقال حبساً فى نص المادة (١٤) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩؟

الرأى عندى أن الاعتقال غير الحبس ، فالحبس دائماً وإن كان عذراً للغياب ، فهو فى كل الأحوال عذر غير مشروع ، أما الإعتقال فهو إجراء وقائى ، لا يحكم به القاضى ، بل هو من صميم إختصاص سلطات الأمن ، وبينما يكون الحبس دائماً سليماً بحيازته الحجية القانونية ، فإن الإعتقال قد يكون بتعسف ، وقد يكون لغير سبب ، وهو ليس المعنى الذى أراده المشرع للحبس ، ولو كان يريده لصرح به .

بل إن إيداع الشخص فى مكان أمين وفقاً لما تقضى به محكمة القيم ، لا يعد من الحبس الذى جعله المشرع سبباً للتطليق .

ب- أن يصدر بالعقوبة حكم نهائى : ويعتبر الحكم نهائياً إذا حاز حجية تحول دون نظر الدعوى من جديد ، ويكون ذلك فى الأحوال التالية :.

- إذا لم يكن الحكم قابلاً للطعن بسبب طبيعته .
- إذا كان قد استنفذ كل طرق الطعن فيه الجائزة قانوناً .
- إذا كانت المواعيد المقررة للطعن دون الطعن فيه .

جـ- أن تكون مدة العقوبة المقضى بها ثلاث سنوات فأكثر ، وفى حالة تعدد العقوبات بحيث يصبح مجموعها ثلاث سنوات فأكثر ، مع وحدة الحبس وتعدد الجرائم ، فالرأى عندى أن التطليق يجوز فى هذه الحالة ، أما إذا كانت مدد العقوبات أقل من ثلاث سنوات ، وتم تنفيذها متفرقة فلا يثبت للمرأة حق التفريق فى هذه الحالة .

د- أن ينفذ الحكم عن الزوج ، وتمضى سنة على الأقل من تاريخ تنفيذ الحبس ، قبل رفع دعوى التطليق ، والرأى عندى أن السنة التى اشترطتها المادة رقم (١٤) تبدأ من تاريخ حبس الزوج ، وليس من تاريخ النطق بالحكم مما يجعل مدة الحبس الاحتياطى داخلة فى السنة ، خاصة وأنها تخصم من مدة العقوبة المحكوم بها طبقاً لقانون الإجراءات الجنائية ، والقول بغير ذلك يطيل على المرأة المدة التى تستطيع خلالها رفع دعوى التطليق ، وهى إطالة تضر بالمرأة ، تفتقر إلى السند القانونى .

فإذا تم الإفراج عن الزوج قبل مضى السنة فإن الزوجة لا تملك رفع دعوى التطليق بسبب حبس الزوج ، لتخلف أحد شروطها . وإذا تم الإفراج عن الزوج بعد مضى السنة وبعد رفع الدعوى ، فالرأى عندى أن الإفراج عن الزوج المحبوس فى هذه الحالة لا يمنع من استمرار السير فى الدعوى

والقضاء فيها بالتطليق وفقاً لنص المادة ١٤ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

أما إذا صدر عفو عن الزوج المحبوس ، سواء كان عفواً عن العقوبة، أو عفواً شاملاً ، فالرأى عندى أن يحكم القاضى برفض الدعوى ، لزوال سببها وهو العقوبة السالبة للحرية ، والرأى هنا يختلف عن موقفنا من الإفراج قبل إنقضاء مدة العقاب ، لأن العفو يزيل العقوبة ، أما الإفراج فهو يوقف الاستمرار فى تنفيذها فحسب ، حتى لو لم يكن معلقاً على شرط .

والطلاق الذى يوقعه القاضى بناء على حبس الزوج طلاق بائن بصريح نص القانون ، وقد اختار المشرع السورى أن يكون الطلاق رجعياً، وهو ما أيده جانب من الفقه ، بدعوى أن تضرر الزوجة من حبس زوجها يرتفع بعودته ، فإذا أفرج عليه قبل انتهاء المدة فمن الأوفق أن يكون له الحق فى مراجعتها .

والرأى عندى أن ما اختاره التشريع المصرى للأحوال الشخصية هو الأوفق للمجتمع ، والأعمق فقهاً ، والأرفق بالزوجة ، فالمحبوس ليس جديراً بعطف المشرع ورحمته ، كما أن الحبس ينم فى الغالب الأعم عن شخصية سيئة السلوك ، وقد تجد المرأة فرصتها فى فراق رجل سيء عند حبسه ، والطلاق الرجعى يحول دون تحقيق هذه الغاية .

وقد أخذ القانون العراقى بما أخذ به القانون المصرى، واعتبر التطليق الواقع بحبس الزوج طلقة بائنة ، ومن الجدير بالذكر أن القانون العراقى للأحوال الشخصية جاء بحكم جديد فى التفريق القضائى بين الزوجين وهو تأخر الزوج عن طلب زوجته للزفاف فنصت المادة (٤٣) والتى تعدد أسباب طلب الزوجة للتفريق نصت فى فقرتها الثالثة على ما يلى :

« إذا لم يطلب الزوج زوجته غير المدخول بها للزفاف خلال سنتين من تاريخ العقد ، ولا يعتد بطلب الزوج زفاف زوجته إذا لم يكن قد أوفى لها بحقوقها الزوجية » .

هذا ولم ينص القانون التونسى على أسباب للتفريق القضائى بين الزوجين ، لأنه جعل الطلاق كله بيد القاضى ، ونصت مواده على ما يلى :

مادة (٣٠) لا يقع الطلاق إلا لدى القاضى .

مادة (٣١) يحكم بالطلاق .

بناءً على طلب من الزوج أو الزوجة للأسباب المبينة فى هذه المجلة.

- بتراضى الطرفين .

وقد وردت أحكام التطليق لحبس الزوج فى مشروع قانون الأحوال الشخصية الذى وافق عليه مجمع البحوث الإسلامية ، وهى أحكام لا تختلف عما نص عليه القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

وقد نصت المادة ١٢٠ من مشروع القانون العربى الموحد للأحوال الشخصية على الطلاق لحبس الزوج ونصها ما يلى «لزوجة المحكوم عليه نهائياً بعقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات طلب التطليق ، ولا يحكم لها بذلك إلا إذا مضى على حبسه مدة لا تقل عن سنة » .

وإذا كان لنا من تعقيب أخير على أحكام القانون المتعلقة بالتطليق لحبس الزوج ، أنها لم تعالج حالة المحكوم عليه الهارب ، سواء كان هروبه قبل تنفيذ الحكم ، أو بعد البدء فى تنفيذه ، فطبقاً لشروط المادة ١٤ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، فإن زوجة الهارب لا يمكنها رفع دعوى التطليق إلا إذا جاء هروب المحكوم عليه بعد مضى السنة ، أما إذا هرب بعد الحكم وقبل البدء فى التنفيذ ، أو بعد تنفيذ مدة من العقوبة تقل عن سنة ، فالزوجة لا تجد طريقاً للتطليق لحبس الزوج ، لا تستطيع لمطالبة بالتفريق إلا بناء على أسباب أخرى .

والرأى عندى ان الهروب بعد بدء التنفيذ ولو قبل مضى السنة يعطى زوجة المحبوس الهارب حق رفع دعوى التطليق بعد مضى السنة حتى لو لم يقبض على المحبوس الهارب ، ونفس الحكم ينطبق على المحكوم عليه الهارب بعد صدور الحكم وقبل بدء التنفيذ . أما الزوج الهارب قبل صدور الحكم فلا تستطيع الزوجة رفع دعوى التطليق لحبس الزوج ، ولكنها تطالب به بناء على الغيبة إذا توافرت شروطها . وفى كل الأحوال لا يعتبر هروب السجين قاطعاً لمدة السنة ، فعند القبض عليه ، تحتسب من السنة المدة التى قضاها من العقوبة بالإضافة إلى مدة هروبه فلا تبدأ بالقبض عليه مدة جديدة.

وفى ختام هذا الفصل نورد أهم الأحكام الجديدة التى جاءت بها تعديلات القانون العراقى للأحوال الشخصية حتى نتبين مدى التطور الذى يحدث فى مجال الطلاق بوجه خاص ، والتطليق بوجه عام ، وحتى يستفيد من ذلك المشرع المصرى وهو يحاول إصدار تشريع للأحوال الشخصية فى مصر .

أهم المبادىء الجديدة فى القانون العراقى :

١- اعتبار إكراه أى شخص ذكر كان أو أنثى على الزواج دون رضاه جريمة ، واعتبار ((النهوة)) أى منع الشخص من الزواج جريمة .

٢- عقاب من سيجرى زواجه خارج المحكمة وإعتبار ذلك جريمة .

٣- جواز التفريق إذا كان عقد الزواج قد تم قبل إكمال الزوجين الثامنة عشر دون موافقة القاضى .

٤- جواز التفريق إذا كان الزواج قد جرى خارج المحكمة ، وتم الدخول .

٥- اعتبار عقد الزواج الواقع بالإكراه باطلاً إذا لم يتم الدخول .

٦- للزوجة طلب التفريق إذا تزوج الزوج عليها دون إذن المحكمة .

٧- اعتبار عدم طلب الزفاف بالزوجة غير المدخول بها سبباً من أسباب التفريق.

٨- اعتبار عقم الزوج سبباً يبيح للزوجة طلب التفريق ، بشرط الا يكون لها ولد منه على قيد الحياة .

٩- اعتبار امتناع الزوج عن تسديد النفقات المتراكمة سبباً في التفريق .

١٠- تخويل الزوجة غير المدخول بها حق طلب التفريق ولو لغير سبب ، على أن تعيد للزوج ما تكبده من أموال ونفقات لأغراض الزواج .

الباب الثانى

آثار الفرقة وحقوق الأولاد

عالجنا فى الباب الأول المبادئ العامة فى الطلاق ، وأنواع الفرقة الإرادية وغير الإرادية ، ويأتى هذا الباب مخصصاً لآثار هذه الفرقة من نفقة وعدة ، ولعرض موجز لحقوق الأولاد من نسب وحضانة ورضاعة ، وينقسم هذا الباب إلى الفصول الآتية :

الفصل الأول : فى العدة والنفقة .

الفصل الثانى : من حقوق الأولاد .

الفصل الثالث : نفقات الأقارب .

الفصل الرابع : أحكام مختارة .

الفصل الأول

فى العـدة والنفقة

تنفصم رابطة الزوجية بكل أنواع الفرقة ، ويبقى من آثارها فى غالب الفرق ، العدة بأنواعها ، والنفقة التى يلتزم بها المطلق . فكل فرقة لها أثرها فى التحريم ومجاله فترة العدة ، ولهـا أثرها فـى المـال ومجالـه نفقـة المطلقـة بقسميها نفقة العدة ونفقة المتعة .

ينقسم هذا الفصل مبحثين :

المبحث الأول : فى العدة .

المبحث الثانى : فى النفقة .

المبحث الأول

في العـــــدة

ويتقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : في تعريف العدة وأنواعها

المطلب الثاني : أحكام العدة

المطلب الأول

فى تعريف العدة وأنواعها

تعريف العدة : العدة في اللغة تعنى العد والأحصاء ، وفي الإصطلاح الشرعى "مدة تتربصها المرأة عقب وقوع سبب الفرقة فتمتنع عن التزوج فيها، وبانقضائها يزول ما بقي من آثار التحريم " .

والعدة على المرأة أبداً ، ولا عدة على الرجل ، وانتظاره حتى ينتهى ارتباطه بمن لا يحل الجمع بينهم فى عقد واحد ، من آثار التحريم وليس صورة من صور الاعتداد .

ويرى جمهور الفقهاء أن الحكمة من العدة ما يلى :

أ- براءة الرحم حتى لا تختلط الأنساب .

ب- تهيئة الفرصة ليتمكن الزوج من المراجعة .

جـ-إعلان الزوجة الحزن على زوجها المتوفى .

ونحن نرى مع "ابن حزم"[1] أن العدة من الأمور التعبدية التى يعمل بها ولا نلتمس لها حكمة ، فلو كانت لاستبراء الرحم لاكتفى فيها بحيضة ، وما وجبت على الصغيرة التى لا تحيض وعلى اليائسة التى انقطع حيضها ، ولو كانت لتمكين الزوج من المراجعة ما وجبت فى الطلاق البائن . خاصة وأن وسائل العلم الحديث قد تصل إلى معرفة يقينية ببراءة الرحم ، ولكن حكم ثبوت العدة لا يتغير .

وتجب العدة بأمور ثلاثة هى ، طلاق الزوج ، وقوع الفرقة فى الزواج بالموت ، الدخول الحقيقى فى نكاح فاسد أو وطأ بشبهة فهذه الأنواع من الفرقة تثبت بها العدة على المرأة ، وتجب عليها أحكامها .

١- المحلى جـ١٠ صـ٢٥٦ .

أولاً – العدة الناتجة من زواج صحيح :

الزواج الصحيح هو الذى اكتملت أركانه وشروط انعقاده وصحته ونفاذه ولزومه ، فإذا فارق الرجل زوجته بعد ذلك بطلاق أو وفاة أو أى سبب من أسباب الفرقة الأخرى وجبت العدة على المرأة متى توافرت شروطها .

١- عدة المطلقة بلا حمل :

وهذه تثبت عليها العدة في حالتين :

الأولى : إذا دخل الزوج بها دخولاً حقيقياً .

الثانية : إذا اختلى الزوج بها خلوة صحيحة وهي الدخول الحكمي .

من هاتين الحالتين تثبت العدة على المطلقة سواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً ، وسواء كانت البينونة كبرى أو صغرى .

وتتساوى في ثبوت العدة على المرأة هنا فرقة الفسخ وفرقة الطلاق.

أما إذا كان سبب الفرقة قبل الدخول – حقيقة أو حكماً – فلا عدة على المطلقة لقوله تعالى :﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها﴾.

وعدة المطلقة هنا قد تكون بالأشهر وقد تكون بالإقراء.

أ- العدة بالأشهر :

تثبت العدة بالأشهر[1] لامرأتين :-

الأولى : المرأة الصغيرة التي لم تحض بعد سواء بلغت سن البلوغ أم لا.

الثانية : المرأة الكبيرة التي بلغت سن اليأس ، وانقطع عنها الحيض.

وقد نصت على ذلك الآية من قوله تعالى : ﴿واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن﴾.

وتبدأ عدة المرأة الآيسة من تاريخ الريبة في انقطاع الحيض وهذه الأشهر قمرية .

١- المغني : جـ٧ صـ١[illegible]

وعند الشيعة الجعفرية لا تعتد المرأة بالأشهر إلا إذا كانت أو شابة انقطع عنها المحيض لعارض مرضي وهو التي تسمى عندهم "المسترابة " أما المرأة التي لم تحض لصغر أو يأس فلا عدة على الصغيرة مطلقاً ، ولا عدة على المشهور بالنسبة لليائسة وعليهما معاً العدة لوفاة الزوج باتفاق فقهاء الجعفرية .

ب- العدة بالإقراء [1]:

وتجب على المطلقة من ذوات الحيض في حالتين :-

الأولى : إذا دخل الزوج بها دخولاً حقيقياً .

الثانية : إذا دخل بها دخولاً حكمياً وهي الخلوة الصحيحة .

وذلك امتثالاً لقوله تعالى :﴿**والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء**﴾.

والقرء عند الأحناف الحيض ، فلا تنتهي عدتها إلا بالحيضة الثالثة ، وأقل ما تصدق فيه المرأة ستون يوماً . ويفسر الجعفرية القرء بالطهر كالشافعية والمالكية ، وقد قال الإمام الصادق إذا دخلت المرأة في الحيضة الثالثة فقد انقضت عدتها وحلت للأزواج.

وهذا الحكم عام يشمل الزوجة الكتابية والمسلمة متى كان الزوج مسلماً.

والقانون في مصر على مذهب الأحناف ، وبه تحكم المحاكم الشرعية السنية ، أما المحاكم الشرعية الجعفرية فتأخذ بفقه مذهبها الذي يفسر لبقرء بالطهر .

١- المغني : جـ٧ صـ٤٤٩ .

٢- عدة الحامل :

المرأة التي فارقها زوجها بطلاق أو فسخ أو زواج وهي حامل ، فإن عدتها على مذهب الأحناف •وضع حملها ، دل على ذلك قوله تعالى : ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ وهي عند أكثر الصحابة والفقهاء عامة في كل حامل مطلقة أو متوفى عنها زوجها . فلو وضعت زوجة المتوفي بعد رحيله بأيام فقد انقضت - على هذا الرأي - عدتها وحلت للأزواج.

وهذا هو الذي عليه العمل في مصر وفي المحاكم الشرعية السنية. أما المحاكم الجعفرية فلها رأي خاص بمذهبها في عدة الحامل المتوفى عنها زوجها وهو الاعتداد بأبعد الأجلين وضع الحمل أو أربعة أشهر وعشراً ، أخذاً بفقه الإمام علي بن أبي طالب جمعاً بين الآيتين حيث لم يثبت عنده نسخ أو تخصيص.

٣- عدة المتوفى عنها زوجها(٢) :

المتوفى عنها زوجها غير الحامل ، صغيرة كانت أو كبيرة فعدتها عند الفقهاء جميعاً أربعة أشهر وعشراً ، رعاية لحرمة العشرة التي دامت بين الزوجين وسواء كانت مطلقة قبل الدخول أم بعده لعموم قوله تعالى :﴿ والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً﴾.

وهو ما عليه العمل في مصر وفي المحاكم الشرعية بلبنان جعفرية وسنية.

١- المغني جـ٧ صـ٤٧٣ .

٢- راجع أقوال الفقهاء في عدة المتوفى عنها زوجها في المغني : جـ٧ صـ٤٧٠.

ثانياً – العدة بعد زواج فاسد أو وطء بشبهة (١):

الدخول الحقيقي هو شرط العدة في الزواج الفاسد ، وتسمى الفرقة في هذه الحالة متاركة ولو كانت فرقة بالموت ، فإذا وقعت المتاركة بعد الدخول أو بعد الوطء بشبهة . فالعدة في هذه الحالة كما يلي :

١- إذا كانت المرأة بعد المتاركة حاملاً فعدتها وضع حملها .

٢- وإذا كانت المرأة من ذوات الحيض ولم تكن حاملاً فعدتها ثلاثة قروء على الخلاف السابق في معنى القرء بين الفقهاء .

٣- وإذا لم تكن حاملاً وليست من ذوات الحيض فعدتها ثلاثة شهور.

٤- لا تجب عدة الوفاة في هذه الحالة فلا توجد زوجية تحزن عليها المرأة ، ولا زوج تعلن الحداد عليه .

والخلاصة أن العدة تكون بواحد من أربعة أمور :

الأول : وضع الحمل ، وهي عدة كل حامل ولو كانت متوفى عنها زوجها ، ويخالف الشيعة الجعفرية في ذلك حيث تعتد المرأة بأبعد الأجلين .

الثاني : ثلاثة قروء ، والقرء الحيضة عند بعض الفقهاء ، والطهر عدة البعض الآخر ، وهذه هي عدة المرأة ذات الحيض غير الحامل وغير المتوفى عنها زوجها.

الثالث : ثلاثة أشهر وهي عدة من لا تحيض غير حامل ولا متوفى عنها زوجها .

الرابع : أربعة أشهر وعشرة أيام ، وهي عدة المتوفى عنها زوجها بعد زواج صحيح ما لم تكن حاملاً.

١- راجع في رأي الأحناف والشافعية الفتاوى الهندية مرجع سابق جـ١ صـ٥٢٦ ، ومغني المحتاج جـ٣ صـ٣٨٤ .

المطلب الثاني

أحكام العـــدة

أولاً – بداية العدة ونهايتها[1] :

١- بداية العدة :

إذا كان الزواج صحيحاً ، فابتداء العدة من وقت حصول الفرقة ، سواء كانت بطلاق أو فسخ أو وفاة ، وتنتهي بانتهاء أجلها ، وإن لم تعلم الزوجة بذلك ، لأن العدة مدة حددها الشارع عند وجود سببها ، فمتى وجد السبب وجد المسبب دون توقف على شيء آخر . وإذا كان الزواج فاسداً ، فابتداء العدة في الوطء بشبهة بلا عقد فهو من آخر الوطآت عند زوال الشبهة، إذ لا عدة هنا، فلم يبق سبب لعدة سوى الوطء.

وكان الأمر على ذلك في مصر عملاً بالراجح من مذهب أبي حنيفة حتى جاء القانون رقم ١٠٠ سنة ١٩٨٥، وجعل آثار الطلاق ومنها العدة والإرث والحقوق المالية الأخرى ، لا تبدأ في حق المطلقة إلا من وقت علمها بالطلاق . فإذا كانت تعلم به وقت الطلاق بدأت العدة من تاريخ إيقاعه ، وإذا علمت بعد ذلك بدأت العدة من تاريخ العلم .

أما في لبنان فإن المحاكم السنية تعمل بأرجح الأقوال من مذهب حنيفة وقد نصت عليها مواد قانون العائلة ، أما المحاكم الجعفرية فطبقاً لمذهبها تبدأ العدة بعد الفرقة مباشرة من الزواج الصحيح فسخاً كان أم طلاقاً، لكن لو علمت بطلاق الغائب ولم تعلم وقت إيقاعه فتعتد من تاريخ العلم بالطلاق ، أما في حالة وفاة الزوج الغائب ، فتبدأ العدة من تاريخ بلوغ خبر الوفاة إليها ، ولكنها لا تتزوج إلا بعد ثبوت الموت شرعاً بشهادة عدلين أو بحكم القاضي .

١- د. أحمد فراج : أحكام الأسرة في الإسلام بيروت ١٩٩١ صـ٢٢٩-٢٣٢

٣- نهاية العدة :

تنتهي العدة إذا كانت بالأشهر مع غروب شمس آخر يوم منها ، وإذا كانت بالقروء ، فعند من يفسرها بالطهر تنتهي برؤية دم الحيضة الثالثة وعند من يفسرها بالحيض تنتهي بانقطاع الحيضة الثالثة بأكثر من عشرة أيام ؛ أو بعد الطهر بالفعل . إذا كانت أقل من عشرة أيام .

ثانياً - واجبات المعتدة وحقوقها ومكان العدة :

حقوق المعتدة سوف ندرسها في المطلب الخاص بالنفقة ولكننا نشير إليها بإيجاز بعد قليل .

١- واجبات المعتدة :

تثبت واجبات المعتدة بحكم العدة حتى ولو انتفى العقد أن انقطعت الزوجية بالطلاق البائن ، فعلى المطلقة أو المفارقة خلال العدة أنه تتوقف عن عدة أمور هي :

أ - ليس للمعتدة أن تتزوج سواء دخل بها العاقد أو لم يدخل ، وكل عقد في العدة باطل ، بل إن بعض الصحابة يرى تحريم المرأة تحريماً مؤبداً على الرجل الذي تزوجها في العدة بعد التفريق بينهما ، والراجح من الآراء أنه يتقدم إليها خاطباً مثل غيره بعد انقضاء العدة .

ب - لا يجوز خطبة المعتدة لا بالتصريح ولا بالتعريض وليس لها أنْ تعرض نفسها ، ولم يستثن الفقهاء من ذلك إلا المعتدة من وفاة فإنه يجوز خطبتها تعريضاً لا تصريحاً .

جـ - ليس لمعتدة الوفاة أن تخرج من مسكن زوجها خلال العدة إلا لضرورة . لأن العدة هنا إحداد على الزوج ، وإعلان للحزن على رحيله .

٢-حقوق المعتدة :

المعتدة من طلاق رجعي تبقى في بيت الزوجية باتفاق الفقهاء ولها السكنى والنفقة ، أما المعتدة من طلاق بائن فقد اختلف الفقهاء ، فالحنابلة والظاهرية يرون أنه لا سكنى لها ولا نفقة ولو كانت حاملاً ، ويرى الأحناف أن المعتدة من الطلاق البائن لها السكنى والنفقة إلا أن تكون الفرقة بسبب محظور من جانبها . كأن ارتدت بعد دخولها ، أو ارتكبت المعصية مع أحد أصول الزوج أو فروعه أما " الشافعي " فإنه لا يرى النفقة للمطلقة بائناً إلا إذا كانت حاملاً .

ولا تجب النفقة للمعتدة في ثلاث حالات :

الأولى : إذا كانت معتدة من وفاة ، ولو كانت حاملاً ، لأن النفقة تجب عليه باعتباره زوجاً وقد انقطعت الزوجية بالموت ، فسقط وجوب النفقة.

الثانية : المعتدة من فرقة جاءت من جهتها بسبب محظور .

لأن النفقة حق لها وقد أبطلته بمعصيتها فليس لها أن تطالب بالإتفاق وقد نص فقهاء الحنفية على أن الذي يسقط بهذه الفرقة هو النفقة لا السكنى ؛ لأن القرار في منزل الزوج حق عليها فلا يسقط بمعصيتها ، أما النفقة فحق لها . فتجازى بسقوطها بمعصيتها .

الثالثة : المعتدة من فرقة بسبب زواج فاسد أو دخول بشبهة ، لأن حال العدة معتبر بحال الزواج ، والمرأة في الزواج الفاسد لا نفقة لها ، فكذلك في عدتها .

٣- مكان العدة :

الأصل أن تعتد المطلقة في منزل الزوجية سواء كان الطلاق بائناً أو رجعياً ، حتى لو حصلت الفرقة وهي بعيدة عنه ، وجب عليها أن تعود إليه فوراً لتعتد فيه . سواء كانت العدة من طلاق أو وفاة فإن كان الطلاق رجعياً اعتدت مع الزوج في منزل الزوجية لعل الأمور تهدأ ، والرجعة تتم ، أما في

الطلاق البائن فتعتد دون أن يشاركها فى السكن لأنها أصبحت أجنبية بالبينونة، وأحكام العلاقة بينهما هى علاقة الرجل الأجنبى بالمرأة الأجنبية .

وتجرى العادة اليوم بانتقال المرأة إلى بيت أهلها ، خاصة فى غير العواصم ولا بأس من ذلك – كما يقول أستاذنا الدكتور أحمد فراج – خاصة وقد فسد الناس وضعفت الأخلاق .

ولا تخرج المعتدة إلا لضرورة عملاً كانت أو قضاء حاجة أو غير ذلك والضرورات تبيح المحظورات .

ويرى المذهب الجعفرى أن المطلقة رجعياً هى التى تعتد فى منزل الزوجية أما المطلقة بائناً فتعتد فى أى مكان تشاء لانقطاع الزوجية ، وليس له إلزامها بالبقاء فى منزل الزوجية إلا إذا كانت حاملاً.

كما لا يجب فى المذهب الجعفرى أن تكون عدة الوفاة فى منزل الزوجية فهذا مستحب لا واجب .

وليس المراد بالإقامة فى منزل الزوجية حبسها فيه ، وإنما هى الإقامة المعتادة التى كانت المرأة عليها قبل الطلاق .

المبحث الثانى

فى النفقـــــــة

تجب النفقة للمرأة بعد الطلاق سواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً على خلاف بين الفقهاء فى الطلاق البائن .

وينقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : فى نفقة المعتدة .

المطلب الثانى : فى نفقة المتعة .

المطلب الأول :

نفقة المعتـــــدة

العدة إما أن تكون من طلاق رجعى أو من طـلاق بـائن أو مـن فرقـة غير الطلاق ، أو من فراق بالوفاة . وتجب النفقـة فـى كل هـذه الأحـوال فـى المذهب الحنفى طالما كانت العدة من زواج صحيح وتمتنع النفقة فى حالتين :

الأولى : الفرقـة بسـبب محظـور مـن جـانب الزوجـة ، لأن المعصيـة مسقطة للنفقة وتبقى السكنى على المطلق عند الأحناف .

الثانية : عدة المتوفى عنها زوجها : فلا نفقة لها ، لأن العدة هنا حـق لله أما الزوج فقد انقطعت بموته عصمة الزواج . ويـرى جمهـور الفقهـاء أن النفقة لا تثبت للمعتدة إلا فى حالتين :

الأولى : حالة المعتدة من طلاق رجعى وهذه تثبـت لهـا النفقـة باتفـاق الفقهاء .

الثانية : المعتدة الحامل : وهـذه لهـا أيضـاً نفقـة العـدة باتفـاق ، أمـا المرأة المطلقة طلاقاً بائناً فلا نفقة لها عند الجمهور لانقطـاع الزوجية .

والقضاء المصرى على الرأى الأول لأنـه مقيد بـالعمل الراجـح فـى مذهب أبى حنيفة ، إلا أن القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ قضـى بأن المعتـدة لا تستحق النفقة لأكثر من سنة منذ تاريخ الطلاق أو الفسخ إن لـم تـتزوج ، فـإن

تزوجت قبل مضى السنة سقط حقها فى النفقة فإن أخذتها من غير حق طولبت بها . وقد انتقد الشيخ " أحمد ابراهيم " هذا الاختيار التشريعى بشدة وقال : " إن إسناده إلى تخصيص القضاء ضعيف جداً وتشريع غير متين .... ومن العجب أنهم- أى الذى وضعوا القانون - يعترفون بالسبب ..... ولو دلالة لوجوب نفقة العدة وهو قيام العدة ، ثم يغضون النظر عن الآثار المترتبة عليه شرعاً وهي من لوازمه حتماً ".

وبالجملة فالنفقة تثبت للمعتدة في الأحوال التالية :-

١- معتدة الطلاق سواء كان رجعياً أو بائناً بينونة كبرى أو صغرى أو حاملاً أو غير حامل - على خلاف بين الفقهاء - سواء أوقع الزوج الطلاق أو أوقعه بالنيابة عنه وكيله أو امرأته المفوض إليها ذلك .

٢- المعتدة بالملاعنة والمبانة بالإيلاء أو الظهار أو بالخلع ما لم تبرئه من النفقة وقت الخلع .

٣- المبانة بإباء زوجها الإسلام .

٤- الزوجة المعتدة من فسخ بسبب اختيار الزوج ذلك بعد البلوغ بما له من خيار البلوغ .

٥- المعتدة بائناً بردة الزوج أو بفعله ما يوجب حرمة المصاهرة بأصلها أو بفرعها .

٦- المرأة التي لها خيار البلوغ واختارت فسخ الزواج ، لأن الشارع أعطاها هذا الخيار فلا تضار به .

٧- المرأة التي اختارت نفسها لعدم كفاءة الزوج ، لأن الشارع أعطاها هذا الحق .

٨- إذا فسخ العقد لنقصان المهر المسمى عن مهر المثل .

٩- للمطلقة بسبب العيوب أو الضرر بأسبابه المختلفة وطلقها القاضي ما لم يكن الطلاق نظير بدل أو مع إسقاط حقوق الزوجة أو بعضها

فالفرقة في هذه الأحوال ولئن جاءت بسبب من الزوجة إلا أنه ليس معصية يسقط بها حقها في النفقة [1] .

ودين نفقة المعتدة ككل الديون لا يسقط إلا بآداء أو إبراء ، وإذا مات المطلق بعد ثبوته تطالب به المطلقة في تركته ، وله حق التقدم على الورثة بإعتبار أن ديون الميت مقدمة على تقسيم تركته ، وتستحق المطلقة نفقتها الثابتة من الإرث سواء كانت وراثة أم غير وراثة .

ويجري العمل في مصر في مسائل النفقات على أرجح الأقوال في مذهب أبي حنيفة إلا ما جاء به المشرع من عدم سماع الدعوى بنفقة العدة لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق .

. أما في لبنان فقد عرض قانون العائلة لنفقة المعتدة في المواد من ١٥٠ - ١٥٢ ، فنص في المادة ١٥٠ على أن نفقة المعتدة على زوجها ، واستثنت المادة ١٥٢ المتوفى عنها زوجها فلم توجب لها النفقة . وهذا ما تطبقه المحاكم السنية ، أما المحاكم الشرعية الجعفرية فهي تطبق المذهب الجعفري ، الذي يسوي بين الفسخ وبين الطلاق البائن في أحكام العدة ، وغايته أنه لم يجعل للمعتدة بسبب الفسخ حقاً في النفقة سواء أكانت المعتدة حاملاً أو غير حامل ، وذلك لانقطاع العصمة بينها وبين زوجها .

١- أحمد إبراهيم ، أحكام الأحوال الشخصية ط١٩٤٤ القاهرة صـ٦٧٨-٦٧٩.

المطلب الثاني

نفقـــــة المتعـــة

نصت المادة ١٨ مكرر من القانون رقم ١٠٠ سنة ١٩٨٥ على أنه " الزوجة المدخول بها في زواج صحيح ، إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا سبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأكثر وبمراعاة حال المطلق يسراً وعسراً وظروف الطلاق ، ومدة الزوجية ، ويجوز أن يرخص في سداد هذه المتعة على أقساط " . وهذا الحكم مستحدث لم يرد في التشريع المصري للأحوال الشخصية إلا بالقانون رقم ٤٤ سنة ١٩٧٩ والذي ألغى من المحكمة الدستورية العليا ، وحل مكانه القانون رقم ١٠٠ سنة ١٩٨٥ ، إلا أن القانون الجديد استبقى حكم هذه المادة .

فقد كان العمل قبله بأرجح الأقوال في مذهب الإمام أبي حنيفة والتي لا ترى وجوب المتعة إلا للمطلقة قبل الدخول ودون تسمية المهر .

وقد تضمنت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٠٠ سنة ١٩٨٥ ما يلي:

" لما كان من المستقر عليه شرعاً أن الطلاق حق للزوج ، وكان القانون القائم لا يوجب المتعة المالية للمطلقة بعد الدخول وحسبها أنها استحقت المهر كله بالدخول ، ولها نفقة العدة أما المتعة فهي مستحبة ولا يقضي بها " .

وقد تراخت المروءة في هذا الزمن وانعدمت لا سيما بين الأزواج إذا انقطع حبل المودة بينهما ، وأصبحت المطلقة في حاجة إلى معونة أكثر من نفقة العدة تعينها من الناحية المادية على نتائج الطلاق ، وفي المتعة ما يحقق المعونة ، وفي الوقت نفسه تمنع الكثيرين من التسرع في الطلاق .

ولما كان الأصل في تشريع المتعة هو جبر المطلقة ، وكانت مواساتها من المروءة التي تطلبتها الشريعة ، وكان من أسس تقديرها قول الله تعالى : ﴿ ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ﴾ وكان إيجاب المتعة هو مذهب الشافعي الجديد الذي أوجبها للمطلقة بعد الدخول إن لم تكن الفرقة منها أو بسببها ، وهو قول لأحمد اختاره « ابن تيميه »كما أن إيجابها مذهب أهل الظاهر وهو قول «لمالك» أيضاً ، وعلى هذا وضع نص المادة ١٨ مكرساً بمراعاة ضوابط أقوال هؤلاء الأئمة ، وللقاضي أن ينظر في تقديرها عدا ما سبق – إلى ظروف الطلاق ، وإلى إساءة استعمال هذا الحق ودوافعه من موقعه ، ولا تقل في تقديرها عن سنتين وتخفيفاً عن المطلق في الأداء أجاز النص الترخيص له سداد جملة المقرر للمتعة على أقساط .

ولا شك أن هذا النص من النصوص التي وفق المشرع في صياغتها ، ومن الحلول الجيدة التي اختارها – وكما يقول الدكتور محمد بلتاجي – إن ما اختاره المشرع من إيجاب المتعة للزوجة المدخول بها إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها هو القول الصحيح شرعاً القوي دليلاً الذي يكمل كافة النصوص التي وردت في المتعة على نحو متآزر متسق يكمل بعضه بعضها (١) .

وقد انتقد الدكتور أحمد فراج ، ما جاء به النص من تقدير المتعة بنفقة سنتين على الأقل ، لأن ذلك ليس منصوصاً عليه في قول أحد من الفقهاء ، وإنما المنصوص عليه تفويض أمرها إلى القاضي ، وكان ينبغي لواضعي القانون أن يتركوا للقاضي حرية تقدير المتعة من حدها الأدنى والأعلى .

١– د. محمد بلتاجي : دراسات في الأحوال الشخصية ، القاهرة سنة ١٩٨٠ صـ١٧١ . وقد أيد أستاذنا العلامة محمد مصطفى شلبي هذا الإتجاه بحذر ، وطالب المشرع عدم المبالغة في تقدير النفقة على النحو الذي جاء في النص . راجع محمد مصطفى شلبي : ملحق كتاب أحكام الأسرة في الإسلام ، بيروت ، دار النهضة العربية سنة ١٩٨٠ صـ٥٠ .

والذي نراه أن المشرع كان يبتغيا من النص الوصول إلى هدفين :

الأول : مواجهة المشكلة الاجتماعية التي تعاني منها المطلقة فور الزواج خاصة من الناحية المادية .

الثاني : تقييد حركة المطلق حتى يتريث كثيراً قبل إيقاع الطلاق ولعل هذا هو الهدف الرئيسي للمشرع ، وكان صريحاً في الإفصاح عنه ، وتحديد أقل المتعة يساعد المشرع في الوصول إلى ذلك الهدف .

١- شروط استحقاق المتعة :

تستحق المطلقة نفقة المتعة بالشروط الآتية :

أ- أن يكون الزواج صحيحاً ، فلا تستحق في الفرق من طلاق فاسد أو وطء بشبهة .

ب- أن يطلقها الزوج دون رضاها وبلا سبب من قبلها .

جـ- أن يتم الطلاق بعد الدخول .

ولم تفصح المادة ٨ مكرر عما إذا كانت تنطبق على الدخول سواء كان حقيقياً أو حكمياً ، وإزاء صمت النص فإننا نرى اشتراط الدخول الحقيقي حتى تستحق المطلقة المتعة ، لأن النص في حد ذاته استثنائي لا يجوز التوسع فيه ، ولأن صياغة المادة جاءت على نحو يومئ إلى أن المشرع لا يقصد الدخول الحكمي فقال «الزوجة المدخول بها» .

خاصة وأن من أسباب إيجاب نفقة المتعة ومن عناصر تقديرها مدة الزوجية ، والمقصود هنا الزوجية بعد الدخول الحقيقي وليس مجرد إتمام العقد .

وفكرة الضرر الأدبي هو الأساس الذي يقيم عليه المشرع إيجاب المتعة للمطلقة ، وتوجد للنص أدلة كثيرة من القرآن والسنة .

٢- من يعتبر حاله في استحقاق المتعة :

الراجح في مذهب الأحناف تقدير المتعة باعتبار حال الزوجة ، ولكن المشرع اختار رأي الجعفرية والشافعية في وجه ، والحنابلة والأحناف في قول ، إن المعتبر في تقدير المتعة هو حال الزوج ، وقد نصت على ذلك المادة بقولها بمراعاة حال المطلق يسراً وعسراً .

ويلاحظ على النص أنه قيد القاضي في سلطته التقديرية لحال الزوج لأنه لا يستطيع أن يحدد نفقة المتعة بأقل من نفقة سنتين على الأقل بصريح النص ، ولكنه اعطاه سلطة تقديرية في مواجهة المطلق حيث عليه أنه يراعي ظروف الطلاق ومدة الزوجية وهي عناصر تبعد التقدير عن مراعاة حال المطلق فالظروف هنا موضوعية وليست شخصية تتعلق بحال المطلقة يسراً وعسراً .

وأعطى النص للقاضي سلطة الترخيص للمطلق بتقسيط أداء دين نفقة المتعة .

واستحقاق المطلقة للمتعة - كما قالت محكمة النقض المصرية - العبرة فيه بالطلاق أياً كان نوعه باعتباره الواقعة المنشئة لإلتزام الزوج بها .

وأهم ما نشير إليه في هذا الصدد أن المادة ١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والتي نصت على عدم سماع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى ، لا يجوز إعمالها في شأن نفقة المتعة- كما قضت محكمة النقض - وقضاؤها صحيح لأن نفقة العامين تثبت بالطلاق باعتبارها الحد الأدنى الذي أوجبه المشرع حقاً للمطلقة المدخول بها ، فلا يعقل منعها عن رفع الدعوى مطالبة به .

الفصل الثاني

حقـــــوق الأولاد

الأولاد هم ثمرة الحياة الزوجية ، وهـم زينـة الحيـاة الدنيـا ، والحفـاظ على النسل بالإنجاب من غايات الزواج المهمة في الإسلام ، فـإذا كـانت آثـار الزواج المادية تعود مباشـرة علـى الزوجـة والـزوج ، فـإن آثـاره الطبيعيـة لا يعبر عنها إلا قدوم الولد ، وإقبال الحيـاة بمولـده . ولهـذا الميـلاد تكاليفـه مـن ثبوت النسب ، وضرورة الحضانة والإرضاع وهذه هي حقوق الأولاد وسوف ينقسم الفصل إلى ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : في النسب .

المبحث الثاني : في الحضانة .

المبحث الثالث : في الإرضاع .

المبحث الأول

في النســـــــب

الحياة نشوء وانتماء ، نشوء بواقعة الميلاد ،وانتماء بثبوت النسب ، فالخروج إلى الدنيا بغير أب أو بدون أبوين حياة هي الجحيم بعينه ، لهذا اهتم الإسلام بالنسب من عدة أمور :

الأول: أنه حرم الزنا حتى لا تثمر العلاقة المحرمة طفلاً لا يعرف أباً ينسب إليه وقد تتركه أمه للمجهول منذ ولادته فيلقى مصير اللقطاء .

الثاني : بتحريم التبني حتى لا يتخلى الآباء عن أبنائهم ، ولا يدخل إلى الأسرة من ليس من أصلابها ولهذا قال ﷺ : ﴿ من ادعى إلى غير أبيه فالجنة عليه حرام ﴾ . إن التنظيم القرآني للأسرة يرفض الانتماء بالتبني فهو يخل بنظم الإسلام في المحرمات ، ويخالف قواعد قطعية في الحلال والحرام، وقد جعل القرآن الكريم الزوجية وسيلة النسب الوحيدة في قوله تعالى :

﴿ وهو الذي خلق من الماء بشراً فجعله نسباً وصهراً وكان ربك قديراً ﴾

الثالث : حرم الإسلام على الآباء إنكار أبنائهم ، أو التنكر لمن هم مّن أصلابهم ، خاصة عندما يكون الزواج عرفياً ، أو تم في الكتمان وقد قال الرسول ﷺ : ﴿ أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه ، احتجب الله منه وفضحه على رؤوس الخلائق ﴾ .

وهكذا حسم الإسلام قضية النسب ، وجاء أمر القرآن : **﴿ ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله ﴾** حسماً لقضية فوضى الأنساب في كل العصور والأساس في النسب هو اثباته ، فإذا كان الميلاد واقعة ، فإن النسب إثبات ، وإذا كان المولد وجوداً فإن النسب انتماء . فالنسب في تعريف موجز ﴿ انتماء المولود لوالديه بدليل شرعي ﴾ .

ويتسم هذا المبحث إلى مطلبين : المطلب الأول : ثبوت النسب بالفراش المطلب الثاني : ثبوت النسب بالإقرار والبينة .

المطلب الأول

ثبوت النسب بالفراش

الفراش في معناه الاصطلاحي[1] في فقه إثبات النسب يقصد به العلاقة بين الزوج والزوجة ، أو الزوجة في علاقتها الشرعية بالرجل ، ولذلك قال الرسول ﷺ : (الولد للفراش ، وللعاهر الحجر) أي أن النسب للزوج بما هو زوج ، وماعدا ذلك من علاقة فهي محرمة يقع صاحبها تحت طائلة العقاب الحدي للزاني .

فالفراش يعنى زواج وحمل وولادة وحتى ينسب المولود إلى الزوج نسبة صحيحة فقد تحدث الفقهاء عن أقل مدة الحمل وأكثرها .

مدة الحمل : حتى يمكن نسبة الولد إلى أبيه ، فلابد من مدة حمل معينة بعد الزواج والدخول ، لأقلها حد ولأكثرها حد لا يعقل تجاوزه .

أقل مدة الحمل[2] : أتفق الأئمة الأربعة وغيرهم على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر أو مائة وثمانون يوماً استناداً إلى قوله تعالى : ﴿ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه كرهاً ووضعته كرهاً وحمله وفصاله ثلاثون شهراً ﴾ وقوله تعالى : ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة﴾ .

---

١ -راجع فى معنى النسب .

بدائع الصنائع جـ٦ صـ٢٤٢ ، نيل الأوطار ،جـ٦ صـ٢٧٩

٢ - المبسوط ،جـ٦ صـ٤٤ ، بداية المجتهد ، جـ٢ صـ٩٧ ، المحلى ، جـ١ صـ٣١٦ ، مغنى المحتاج ،جـ٣ صـ٣٣٨

فإذا جاء النسب لأقل من ستة أشهر فهو حمل لا ينسب إلى الزوج ، ولا يثبت نسبه بالفراش . وقد اختلف الفقهاء من ابتداء وجود الفراش الذى يثبت به النسب إلى ثلاثة أقوال :

القول الأول : قول أبى حنيفة وأصحابه أنه يعقب العقد مباشرة . وهذا امتداد لموقف " أبى حنيفة " من ضرورة الاحتياط لاثبات النسب فهو يثبت مع الإحتمالات التى لا يتصور تحققها عقلاً .

القول الثانى : قول الجمهور أنه لا يكون قبل إمكان الوطء عادة .

القول الثالث : قول الإمام ابن تيمية ، أنه لا يثبت إلا بالدخول المحقق .

فأقل مدة الحمل ستة أشهر ، وقد أيد الفقهاء هذا الاستنباط بما روى أن رجلاً تزوج امرأة فى زمن عثمان بن عفان ، فولدت لستة أشهر فهم "عثمان" برجمها ، فقال " ابن عباس " ﴿ أما إنها لو خاصمتكم إلى كتاب الله لخصمتكم ﴾ . وذكر الآيتين فدرأ عنها " عثمان " الحد ، وإذا صح اعتبار هذه المدة فى درء الحد اعتبارها من إثبات النسب .

أقصى مدة الحمل : اختلف الفقهاء من أقصى مدة الحمل ، " فأبو حنيفة " ذهب إلى أن أقصى مدة للحمل سنتان وغالبها تسعة أشهر ، وذهب الجعفرية إلى أنها سنة قمرية ، ولعل سبب اختلاف الفقهاء مرجعه أن أقصى مدة الحمل لا دليل عليه من كتاب وسنة ، فآراء الفقهاء اجتهادية وفق طرق استنباطهم ، واعتباراً بما شاهدوه فى زمانهم ، والذى نراه أنه وقد تقدم الطب اليوم لابد أن يكون مرجع تقدير أقصى مدة الحمل إلى أهل الخبرة .

وكان أقصى مدة الحمل فى القضاء المصرى سنتان أخذاً بمذهب أبى حنيفة ولكن القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ قضى باعتبار أقصى مدة الحمل سنة شمسية ، ٣٦٥ يوما" ، وقضى القانون أيضا" بعدم سماع دعوى النسب فى حالات غيبة الزوج أو وفاته أو طلاق الزوجة إذا أتت به لأكثر من سنة من

وقت غيبة الزوج عنها ، ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة .

٢- معنى الفراش :

يقصد بالفراش الدخول الحقيقي من زواج صحيح ، والمخالطة الجنسية بناء على زواج فاسد أو شبهة .

وسبب ثبوت النسب بالفراش هو العقد في الزواج الصحيح ، والدخول الحقيقي في الزواج الفاسد أو الوطء بشبهة .

أ- الزواج الصحيح :

العقد هو سبب إثبات النسب في الزواج الصحيح ، وحتى يقضى بإثباته لا بد من توافر الشروط الآتية :

الشرط الأول : أن تأتي به الزوجة لستة أشهر فأكثر من وقت الزواج عند " أبي حنيفة " والأئمة الثلاثة مالك وأحمد والشافعي لكن بشرط إمكان تلاقي الزوجين ، وعند الجعفرية لستة أشهر على الأقل من وقت الدخول لا من وقت العقد . فلو أتت به لأقل من ذلك لا يثبت نسبة منه ، ولو ادعاه لا تسمع دعواه .

الشرط الثاني : أن يكون الزوج بحيث يتصور منه الحمل ، بأنه يكون بالغا" أو مراهقا" على الأقل ، أما إذا كان صغيرا" لا يتصور منه الحمل لا يثبت النسب لأن هذه قرينة قاطعة على أن الولد ليس منه .

الشرط الثالث : قال مالك والشافعي وأحمد أنه يشترط لثبوت النسب من الزواج الصحيح إمكان التلاقي بين الزوجين ، ويرى " ابن تيميه " و" ابن القيم " وهو رأى الجعفرية من قبل أن النسب لا يثبت إلا بالدخول الحقيقي ، أما " أبو حنيفة " فيحتاط لإثبات النسب ورعاية حق الولد ويثبت النسب عنده بالعقد الصحيح ولو لم يلتق الزوجان فعلا ، فالإمكان العقلي عنده يكفي وهذا تجاوز للمعقول لا يبرره مسعى " أبو حنيفه " لإثبات النسب بكل طريق .

* ثبوت النسب حال العدة :

إذا طلقت المرأة سواء قبل الدخول أو بعده وسواء كان الطلاق رجعياً أم بائناً ، أو كانت الفرقة بوفاة فقد وضعت أحكام لا يثبت النسب إلا بها وسوف نعرض لهذه الأحكام فى كل من المذهبين الحنفى والجعفرى ، لأنهما مذهب القضاة في مصر ولبنان .

* المطلقة قبل الدخول :

فى المذهب الحنفى : يثبت نسب الولد إذا كانت ولادتها لأقل من ستة أشهر من تاريخ الطلاق[1] ، أما فى المذهب الجعفرى فلا يثبت نسب الولد من المطلقة قبل الدخول ، لأن الدخول الحقيقي عندهم شرط من ثبوت النسب .

* المطلقة بعد الدخول طلاقاً رجعياً :

إذا أقرت بانقضاء عدتها بعد مدة تحتمل انقضاؤها ثم جاءت بولد لأكثر من ستة أشهر من حين الإقرار لا يثبت نسبه من مطلقها ، أما إذا جاء لأقل من ستة أشهر من حين الإقرار فيثبت نسبه وتعتبر المرأة كاذبة فى إقرارها .

وإذا لم تقر المرأه بانقضاء عدتها فإن الأحناف يثبتون النسب ولو جاءت به المطلقة بعد سنتين أو أكثر بناء على أصلهم فى امتداد عدتها بامتداد الطهر . وهو غير معقول .

---

١ -يلاحظ أن الزوج إذا ادعى المولود ، بعد ستة أشهر و لم يذكر أنه من الزنا ، يثبت نسبه احتياطا" عند الأحناف .

*** المطلقة بعد الدخول طلاقاً بائناً :**

إذا طلق الرجل زوجته بائناً وجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الطلاق يثبت به النسب عند الأحناف ، وإن جاءت به لسنتين أو لأكثر لا يثبت به النسب ، هذا إذا لم تقر المرأة بانقضاء عدتها ، فإذا أقرت بانقضاء عدتها بعد مدة تحتمل ذلك ، ثم جاءت بالولد لأكثر من ستة أشهر من حين الإقرار فإن نسبه لا يثبت .

***ثبوت نسب المتوفى عنها زوجها :**

المتوفى عنها زوجها كالمطلقة بائناً ، فإذا زادت المدة بين الوفاة والولادة عن أكثر مدة الحمل لم يثبت نسبها من هذا المستوفى ، وإذا كانت أقل من ذلك ثبت نسب ولدها منه ثبوتا لا يقبل الانتفاء ، إلا إذا أقرت بانقضاء عدتها بأربعة أشهر وعشرة أيام ، ثم جاءت بالولد لأكثر من ستة أشهر من حين الإقرار ، فإن نسبة لا يثبت . وفي الفقه الجعفري يثبت نسب ولد المطلقة رجعياً أو بائناً إن ولدته لأكثر مدة الحمل من وقت الفراق ، ولو نفاه ولا عن، وإن ولدته لأكثر من أقصى مدة الحمل ، لا يثبت نسبه ولا يحتاج إلى لعان .

أما المتوفى عنها زوجها فيثبت نسب ولدها من زوجها إذا جاءت به لأقصى مدة الحمل من حين الوفاة ، وإن جاءت به لأكثر من مدة الحمل لا يثبت نسبه منه ، ولو ادعاه الورثة لا تقبل دعواهم .

ب- ثبوت الولد من الزواج الفاسد :

لا فراش في الزواج الفاسد إلا بالدخول الحقيقي ، فإذا ولدت المتزوجة زواجاً فاسداً لأقل من ستة أشهر من حين الدخول الحقيقي عليها، أو فارقها الزوج فولدت له وزادت المدة بين المفارقة والولادة عن أكثر مدة الحمل ، لم يثبت نسب هذا الولد منه إلا إذا ادعاه ، أما إذا ولدت لستة أشهر أو أكثر من حين الدخول ، ولم تزد المدة بين المفارقة والولادة عن أكثر مدة الحمل ، فإن النسب يثبت بالفراش من غير حاجة إلا ادعائه إياه .

وعلى ما ذهب إليه الأحناف فى اللعان ، من اشتراط قيام الزوجية الصحيحة، لا ينتفى نسب هذا الولد ولو نفاه الزوج ، ورأى الأحناف يفضى إلى أن يكون الفراش القائم بالدخول بعد العقد الفاسد أقوى من الفراش القائم من العقد الصحيح . ولعلهم يستندون فى ذلك إلى أن العقد هو أساس ثبوت النسب فى الزواج الصحيح ، بينما الدخول الحقيقى هو أساسه فى الزواج الفاسد .

وعند الجعفرية لا يثبت نسب ولد المفارقة فى الزواج الفاسد إلا إذا جاءت به لسنة على الأكثر من تاريخ المفارقة .

جـ- ثبوت النسب فى الوطء بشبهة[1] :

لا تكون المرأة فراشاً عند وطئها بشبهة ، فإذا ولدت بعد أن وطئت بشبهة ، لم يثبت نسب ولدها ممن وطئها إلا إذا ادعاه ، وحين إذن يثبت بالإقرار لا بالفراش . بشرط ألا يصرح الرجل بأن هذا الولد من الزنى ، وهذا هو رأى الأحناف .

أما عند الجعفرية فإن وطء الشبهة سواء سبقه عقد أو لا يلحق النسب بالواطىء إذا توافرت الشروط التى يثبت بها النسب بالفراش وهى :

- الدخول الحقيقى
- مضى ستة أشهر بين الوطء والولادة
- ألا تزيد المدة عن أقصى مدة حمل .

---

١ بدائع الصنائع جـ٢ ، صـ٣٣٥ ، المغنى جـ٦ صـ٤٥٥ وما بعدها

المطلب الثانى

ثبوت النسب بالإقرار والبينـــــة

أولاً : الإقرار بالنسب :

الإقرار نوعان : إقرار بأصل النسب ، وهو الإقرار بالبنوة أو الأبوة، والثانى إقرار بنسب فرعى ، وهو الإقرار بغير الأبوة والنبوة .

١- النوع الأول : الإقرار بأصل النسب :

ويثبت به النسب بالشروط الآتية :

أ- **شرط طبيعي** : وهو أن يكون المقر ببنوته ممن يولد لمثل المقر بأبوته ، فليس طبيعياً أن يثبت نسب رجل عمره ناهز الخمسين من رجل عمره ناهز الخامسة والأربعين ، في هذه الحالة لا يثبت النسب لأن الواقع يناقض الإقرار ويكذبه .

ب- أن يصدق المقر له المقر إذا كان من أهل التصديق ، بأن يكون مميزا ، فإذا لم يكن له من أهل التصديق ثبت نسبه بالإقرار وحده .

جـ- أن يكون المقر له مجهول النسب ، لأنه مع وجود أب له لا يثبت له نسب جديد ، لأن الأنساب لا تقبل الفسخ . وإذا بلغ الولد ، وأنكر النسب ، فلا تسمع دعواه ، لأن النسب متى ثبت لا يزول ، وقصر الجعفرية المصادقة من المقر له ، على ما إذا كان بالغاً ، أما الصغير وإن كان مميزاً ، فإن مصادقته ليست بشرط .

د- ألا يصرح المقر بأن الولد ابنه من الزنا ، فإن صرح في إقراره بذلك لا يثبت النسب منه عند الحنفية ، أما عند الجعفرية فأرجح الأقوال وأقربها إلى الصواب ثبوت نسبه .

والمرأة والرجل في الإقرار بثبوت النسب سواء ، فيثبت نسب الولد من الرجل بإقراره بأبوته ، ويثبت نسبه من المرأة التى تقر بأمومتها له . حتى ولو أقرت أنه ابنها من علاقة غير شرعية .

٢- النوع الثانى : الإقرار بنسب فرعي :

وهذا النوع من الإقرار يحمل فيه النسب على الغير كأن يقول هذا أخي ، وهو في الحقيقة يقول هذا ابن أبي ، ومثل هذا الإقرار لا يجعل المقر له بالأخوة ابناً لأبى المقر ، لأن الإقرار حجة قاصرة على من صدر منه ، وإذا لم يثبت البنوة والأبوة فلا يستطيع أن يثبت القرابات المتفرعة عنهما ، غير أن المقر هنا يعامل بإقراره فيما يلزمه من الحقوق المالية ، فيلزم بالإنفاق على المقر له إذا كان محتاجاً ، ويرث المقر له المقر إذا لم يكن له وارث غيره .

ثانياً : ثبوت النسب بالبينة :

ويثبت أيضاً بالبينة ، وهي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، وإذا ثبت النسب بالبينة أصبح ملزماً لكل من الطرفين من ادعى النسب ومن أنكره.

ولا يثبت النسب عند الجعفرية إلا بشهادة رجلين عدلين ، ولا تقبل فيه شهادة النساء لا منفردات ولا منضمات إلى الرجال .

المبحث الثانى

الحضانــــــــة

الحضانـة لغـة الحضـن بكسر الحـاء وهو مـا دون الإبـط ، وحضـن الصغير حضناً بالفتح ، وحضانة بالكسر جعله فى حضنه أو رباه وهذا المعنى وهو أخذ معانى الحضانة في اللغة يقترب بها من مفهومهـا فـى الشـرع حيث تعنى حضانة الصغير شرعاً تربيته ، بعمل ما يصلحه ، وإبعاده عن غيره ، فهى إحدى صور الولاية على النفس فى الشريعة الإسلامية .

والحضانة فى إصطلاح الفقهاء تعنى تربية الصغير والقيام بشئونه فى مدة معينة ممن له الحق فى تربيته .

ولا تثبت الحضانة إلا للمحـارم نسباً ، فتثبت أولاً للمحـارم مـن النسـاء ، ثـم للمحارم من العصبة ثم المحارم من غير العصبة .

والشريعة الإسـلامية لا تـترك المولـود فـى مهـب الريـح ، ولا تعفـى المولود له من الأعبـاء والمسـئوليات ، بـل المولـود الحمايـة الكاملـة ، وعلـى الوالديـن كـل حسـب قدرتـه ميدان يتحـرك عليـه مـن أجـل حمايـة الصغـير ، ومصلحـة الصغير فـى هـذا الصـدد هـى الأولـى بالرعايـة وسـوف نعـالج الموضوع فى مطلبين :

المطلب الأول : الحاضن وشروطه

المطلب الثانى : أحكام الحضانة

المطلب الأول

الحاضن وشروطـــــه

الحاضن هو من يتولى شئون الصغير ، تبرعاً أو معارضة ، بإذن الشرع أو بأمر القاضي ، أنثى أو ذكر . حيث يتساوى الرجال والنساء في أهليتهم للحضانة ، مع اختلاف في الأولوية ، وتباين في الترتيب . وقد تساءل الفقه[1] عن صاحب الحق في الحضانة ، فقيل هو الحاضن فلا يجبر عليها وله إسقاطها ولو بغير عوض ، وقيل هي حق للصغير يؤديه الحاضن بالتراضي أو بالتقاضي ، والرأى عندي أن الحضانة ثلاثية الأطراف ، فللصغير فيها حق ، وللأب فيها حق ، وللحاضن فيها حق ، والتوفيق بين هذه الحقوق هو الذي يلبي الوظائف الشرعية للحضانة .

ولا تثبت الحضانة على أن أحد أو لكل أحد فهي لا تثبت إلا على الصغير أو من كان مثله في أحتياج دائم إلى غيره كالمجنون والمعتوه ، ولا تثبت الحضانة إلا لمن كان أهلاً بتوافر شروطها رجلا كان أو امرأة .

أولاً : الحضانة للرجال والنساء :

الأهلية للحضانة تثبت للرجل كما تثبت للمرأة ، وإن تقدمت حضانة النساء على حضانة الرجال ، لأن المرأة بحكم الفطرة والتكوين هي الأقدر

---

[1] راجع في ذلك

رد المحتار : جـ٣ صـ٥٦٠ ، مغني المحتاج جـ٣ صـ٤٥٢ وهو يؤكد على أن الحضانة نوع ولاية وسلطنة ، مواهب الجليل جـ٤ صـ٢١٩ ، المغني جـ٧ ، صـ٦١٢ ، وفي الفقه الجعفري الشيعي يراجع الروضة البهية جـ١ صـ١٤١ ، والرأى عندي أن الحضانة حق للولد لا يقبل الاسقاط من أحد .

على رعاية الصغير ، والأكثر صبراً على احتياجاته المتنوعة .

وهناك شروط عامة لابد من توافرها فى الرجال والنساء حتى تثبت الأهلية للحضانة ، بالاضافة إلى شروط يختص به الحاضن من الرجال ، والحاضنة من النساء .

١- الشروط العامة فى الرجال والنساء :

أ- **البلوغ** : الحضانة مهمة شاقة ، لا يتحمل تبعاتها إلا الكبار بل إن وظائفها لا يقوم بها إلا الكبار ، وغايتها لا تتحقق بغير ذلك ، ولا خلاف في الفقه على اشتراط البلوغ حتى تتوافر أهلية الحضانة .

ب- **العقل** : الحضانة ولاية على النفس ، وغير العاقل لا ولاية له على نفسه، فمن باب أولى لا تثبت له ولاية على غيره .

جـ- **الأمانة** : والأمانة المقصودة صفة في الحاضن يكون به أهلاً للحضانة ، وبيئة مصاحبة تضمن حداً أدنى من التربية السليمة للصغير .

ولا يعد العمل في ذاته مسقطاً للحضانة ، بل تسقط الحضانة إذا كان عمل الحاضنة ضاراً بالصغير ، أو يلقى به في بيئة مصاحبة تؤثر عليه سلباً ، وتثير الشكوك حول سلامة تربيته ، والمناط في سقوط الحضانة مصلحة الصغير ، وحمايته من الضياع وصيانته من الإهمال .

ولا يهم أن يكون العيب في الحاضن أساسه الإختيار أو مصدره الإجبار ، فالكبر أي التقدم في السن قد يكون سبباً في سقوط الحضانة ولا ذنب للإنسان في تقدم عمره ، والعمل المشين وهو سلوك إختياري يرتب سقوط الحق في الحضانة، والأصل في ذلك ليس شروعية العمل ، بل إضراره بالصغير ،

حتى قال الفقهاء إن الحاضنة لو كانت كثيرة الصلاة قد استولت عليها محبة الله تعالى وخوفه حتى شغلاها عن الولد ولزم ضياعه نزع منها [1] وسقطت عنها الحضانة ولا يرى الأحناف[2] والمالكية ضرورة إسلام الحاضنة إذا كان الصغير مسلماً ، لأن الشفقة هي أساس رعاية الصغير وهو فطرة إنسانية لا تختلف بتنوع الأديان . ويخالف في ذلك الشافعية[3] والحنابلة ، لأن الحضانة عندهم ولاية ولا ولاية لغير المسلم على المسلم .

والأرجح رأي الأحناف والمالكية ، وهو ما عليه العمل أمام القضاء المصري. وإن كنا نرى سقوط حضانة المرتدة حتى تعود إلى الإسلام وهذا رأى الأحناف كما نص عليه "الكاساني"[4]

٢- حضانة النساء :

تقديم المرأة على الرجل في حضانة الصغير قاعدة شرعية ، تستجيب مع واقع الحياة ، وتوافق تكوين المرأة ، والحاجات الطبيعية للصغار.

فالأصل أن تكون الحضانة للنساء لأنهن الأحنى قلباً ، والأكثر شفقة ، والأكثر صبراً على إحتمال الصغير ومطالبه . وأم الصغيرة تقدم عن غيرها- عند توافر الشروط - بلا خلاف وفي ذلك يقول ﷺ ﴿من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة ﴾ ، فإذا لم توجد الأم أو وجدت ولم تكن أهل للحضانة إنتقلت إلى من يليها من النساء في الترتيب على اختلاف بين المذاهب في بعض درجاته - وعند تساوي النساء في القرابة

١- د. محمد يوسف موسى : أحكام الأحوال الشخصية جـ ١ سنة ١٩٥٦ صـ ٣٩٤ من الهامش .

٢ - البدائع جـ٤ ، صـ٤٢ ، الشرح الكبير جـ٢ ، صـ٥٢٩

٣ - معنى المحتاج ، جـ٣ ، صـ٤٥٥ ، كشاف القناع جـ٣ صـ٣٢٨

٤ - البدائع جـ٤ صـ٤٢

تقوم ذات القرابتين ، وعند التساوي تقدم ذات القرابة من جهة الأم على القرابة الواحدة من جهة الأب ، لأن حق الحضانة مستفاد من قبل الأم ، فتقدم التي من جهتها على التي من جهة الأب عند اتحاد الدرجة ويشترط في المرأة الحاضنة بالإضافة إلى الشروط العامة ما يلي :

أ- أن تكون المرأة من محارم الصغير نسباً ، كالأم والخالة والأخت والعمة والجدة ، فلا حضانة لغير القرابة النسبية ، فالمحارم من الرضاع كالأم والأخت رضاعا لا حضانة لهن ، ولا حضانة أيضاً للقريب غير المحرم كبنت العم أو بنت العمة فالمحرمية وحدها لا تكفي ، والقرابة وحدها لا تكفي فلا تتوافر أهلية الحضانة في النساء إلا بتوافر المحرمية وقرابة عمود النسب .

ب- ألا تكون الحاضنة زوجة لغير محرم الصغير لأن الزوج الأجنبي في الأعم الأغلب لا يعطف على الصغير ، ويقدم حقوقه كزوج على حقوق أولادها كأم حاضنة ، وهذا واقع معاش وإن وجدت حالات نادرة تخالفه ، والتشريع يقوم على المعتاد لا النادر .

جـ- ألا تقيم الحاضنة بالصغير في بيت من يبغضه ، لأن التربية السليمة لا تقوم بغذاء البدن ، بل بسلامة الروح أيضاً ، ونفس الصغير تتضرر لا شك .

د- ألا تكون الأم قد امتنعت عن حضانته مجاناً عند إعسار الأب ، لأن الأب إن وجد الحاضنة المتبرعة ، سقط حق الأم في الحضانة معاوضة ، لأن إعسار الأب يقتضي رعاية حاله .

فإذا توافرت هذه الشروط أصبحت المرأة أهلاً للحضانة ، وثبوت الحق لها رهن بترتيبها في سلم الحاضنات . أما إذا إختلت هذه الشروط أو تخلف بعضها ، فيسقط حق المرأة في الحضانة .

والأم هي الحاضنة أولاً ، فإذا فقدت ، أو فقدت أهليتها انتقل حق الحضانة إلى أم الأم ، ثم إلى أم الأب ، ثم لأخوات الصغير بتقديم الشقيقة ، فالأخت لأم ، ثم خالاته بتقديم الخالة الشقيقة ثم بنت الخالة لأم ، فالخالة لأب، ثم بنات الأخوة بتقديم بنت الأخ الشقيق ، ثم بنت الأخ لأم ثم بنت الأخ لأب. ، وبعد ذلك تنتقل الحضانة إلى العمات فتقدم العمة الشقيقة ثم العمة لأم ثم العمة لأب ، ولكن ليس لبنات العمات أو الخالات حق في الحضانة لأنهن لسن من محارم الصغير .

وبعد العمات ينتقل الحق في الحضانة إلى خالات الأب ، فتقدم الشقيقة، ثم التي لأم ثم التي لأب ، ثم بعد ذلك تنتقل إلى عمات الأب على نفس ترتيب الخالات . فإذا لم يوجد من النساء أحد إنتقلت الحضانة إلى عصبة الصغير من الرجال بشروطها وترتيبها على النحو الذي سيأتي فيما بعد .

٣- حضانة الرجال:

إذا لم توجد حاضنة من النساء أو وجدت ولم تكن أهلاً للحضانة ، إنتقل على الفور الحق في الحضانة إلى الرجال المحارم من عصبته ،ولا حضانة لغير المحارم من الرجال على الصغيرة أبداً ، فإذا لم يوجد للصغير إلا أقارب غير محارم كأولاد العم والعمة ، وأولاد الخال والخالة ، فللذكور منهم حق حضانة الذكور ، وللإناث منهم حق حضانة الإناث ، ولا يثبت حق الحضانة للمحارم من غير النسب كالأم والأب والأخت رضاعاً . وإذا لم يوجد للصغير من يحضنه من الأقارب وضعه القاضي تحت إشرافه عند من يثق به من الرجال أو النساء ، وإذا وجد عدداً ممن لهم حق الحضانة ، وكانوا متساوين في درجة القرابة كأخوات شقيقات أو إخوة أشقاء يقدم أصلحهم لتربية الولد ، فإن تساووا في الصلاحية يتدخل القاضي بإختيار أحد منهم حسماً للنزاع ورفعاً للخلاف .

ويشترط في الرجل الحاضن بالإضافة إلى الشروط العامة ما يلي :

أ- أن يكون من العصبات على ترتيب الإرث ، لأن أصل إستحقاقه الحضانة يقوم على قوة القرابة ، بإعتبارها تضمن الشفقة بالصغير ، وحسن رعايته في الأعم الأغلب .

ب- أن يكون ذا رحم محرم للمحضون إذا كانت أنثى مشتهاة ، ولا يضع القاضي الإناث عند الذكور ولا الذكور عند الإناث متى تعين غير المحرم للحضانة ، إلا إذا وجد القاضي المسلم مصلحة في ذلك .

جـ- ويشترط الأحناف[1] الموافقة في الدين في حضانة الرجال ، لأن الأصل فيها التوارث ، وإختلاف الدين مانع من الميراث ، فيسقط الحق في الحضانة أيضاً ، ولا يشترط اتحاد الدين في حضانة النساء لأن الأصل فيها الشفقة بالصغير والحدب عليه وهي طبيعة لا يؤثر فيها إختلاف العقائد .

وحضانة الرجال تثبت بترتيب الإرث ، فيقدم الأب ، فالجد وإن علا ، ثم الأخ الشقيق ، ثم الأخ لأب ، ثم أبناء الإخوة على نفس الترتيب ، ثم الأعمام ثم أبناؤهم بذات الترتيب أيضاً مع ملاحظة أن أبناء الأعمام لهم حق حضانة الصغير لا الصغيرة فإذا لم يوجد من هؤلاء أحد انتقلت الحضانة إلى الورثة من ذوي الأرحام ، فيقدم الجد أبو الأم ، ثم ابنه ، ثم الأعمام من جهة الأم ، ثم الأخوال ، فيقدم الشقيق ، ثم الذي لأب ثم الذي لأم ، وعند المفاضلة يقدم الأصلح للصغير ، وعند التساوي يقدم الأكبر سناً لتجربته وهيبته ، فإذا لم يوجد من هؤلاء أحد فالأمر موكول إلى القاضي يختار بحكم ولايته العامة

١- البدائع ،جـ٤ صـ٢٤

من يثق به رجلاً كان أو امرأة . وإذا سقطت الحضانة لعدم توافر شـروطها ، فهل يعود الحق في الحضانة بعد زوال المانع ؟

اختلفت المذاهب في ذلك ومذهب الأحناف المعمول به يرى أن الحـق في الحضانة يعود لصاحبه بعد زوال المانع وقد صرح بذلك صاحب الهداية[1] بقوله ((ومن سقط حقها بالتزوج يعود إذا ارتفعت الزوجية لأن المانع قد زال)) والعمل في القضاء المصري على مذهب الأحناف، والذي نراه أن الحضانة تعود بعد زوال المانع تطبيقاً لقاعدة فقهية معروفة هي ((إذا زال المانع عاد الممنوع)) .

١- المرغيناني : الهداية جـ ٣ صـ ٣١٦ .

المطلب الثاني

أحكام الحضانـــة

الحضانة كما قلنا ذات علاقة ثلاثية ، أطرافها الحاضن والصغير المحضون ووالد الصغير .

وأحكام الحضانة تتعلق بكل طرف من هذه الأطراف ، وفي كل الأحوال فإن الحضانة لها مكان وزمان ومقابل ، وهو ما نعرض له فيما يلي عرضاً لا يتناول إلا مذهب الأحناف[1] .

أولاً : مكان الحضانة :

ومكان الحضانة لا يقصد به المسكن فحسب بل يتسع ليشمل البلدة التي يسكنها الحاضن - رجلاً كان أو امرأة - لأنه مقيد الحركة فليس له أن ينتقل بالمحضون من بلد إلى آخر حسب هواه ومشيئته .

١- بلد الحضانة:

الأصل أن بلد الحضانة هو الموطن المعتاد للزوجين ، فإذا افترقا فليس للأب أن يأخذ الصغير بعيدا عن البلد الذي يسكنانه ، ولا سفر له بالصغير سواء كانت الأم هي الحاضنة أو غيرها من النساء حتى يسقط حضانته ، أما إذا

١- يراجع في غير المذهب الحنفي .

أ- الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج جـ ٣ صـ ٤٥٨ حيث يعرض المذهب الشافعي .

ب- حاشية الدسوقي جـ ٢ صـ ٥٣١ حيث يعرض مذهب المالكية .

جـ- ابن قدامة المغني ، جـ٧ صـ ٦١٨ حيث يعرض مذهب الحنابلة .

كانت الحاضنة هي الأم وأرادت الإنتقال من الموطن المعتاد لهما ، فإذا كانت لا تزال زوجة فله الحق في منعها بما له من ولاية الزوج .

أما إذا لم تعد زوجة بالفرقة البائنة فلها أن تنتقل بالمحضون من موطن الزوجية المعتاد بشروط ، ولا يسرى ذلك على غير الأمهات من الحاضنات ، فليس لغير الأم أن تنتقل بالمحضون دون إذن أبيه من مكان حضانته وإلا سقط حقها في الحضانة ، أما الأم الحاضنة فليس لها ذلك إلا في حالتين :-

أ- إذا عادت المطلقة إلى بلدها وإن كان بعيداً بشرط إتمام الزواج فيه، لأن إجبارها على البقاء في بلد الأب فيه إضرار بها بعد التفريق والمبدأ العام ألا تضار والدة بولدها .

ب- أن تكون بلدها قريبة بحيث يتمكن الأب من رؤية صغيره دون كبير ضرر .

أما غير الأم من الحاضنات فكما قلنا ليس لهن نقل الصغير من بلد حضانته دون إذن أبيه وقد جاء في المادة ٣٩٤ من ((مرشد الحيران)) ما يلي ((غير الأم من الحاضنات لا يقدرن بأي حال على نقل الولد من محل حضانته إلا بإذن أبيه[١]))

٢- مسكن الحضانة :

* الأصل أن مسكن الزوجية هو مسكن الحضانة بالنسبة للأم الحاضنة طالما كانت الزوجية قائمة ، أو كانت المرأة مطلقة رجعية أو معتدة من طلاق بائن .

---

١ الكاساني : بدائع الصنائع جـ ٤ صـ ٤٣ وما بعدها وفيه تفاصيل آراء الفقه الحنفي في أحكام الحضانة .

أما بعد الطلاق أو إذا كانت الحاضنة غير الأم ، فإن مسكن الحضانة جزء من النفقة المستحقة ، ونفقة الصغيرة أصلاً في ماله إن كان له مال ، وإلا فهي واجبة على الأب متى طولب بها . واتجه المشرع المصري في ظل أزمة الإسكان التي يمر بها المجتمع ، إلى التدخل التشريعي لصالح الصغير وحاضنته وجاء القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ في مادته الرابعة بالنص على أنه ((للمطلقة الحاضنة بعد طلاقها الإستقلال مع صغيرها بمسكن الزوجية المؤجر مالم يهيئ المطلق مسكناً آخر مناسباً ، فإذا إنتهت الحضانة أو تزوجت المطلقة فللمطلق أن يستقل دون مطلقته بذات المسكن إذا كان من حقه ابتداء الإحتفاظ قانوناً ......)) .

وقد آثار النص زوبعة من النقد الفقهي ، ثم أوقفت المحكمة الدستورية العمل بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ لعيوب فيه فسقط معه النص ، وعاد المشرع بالتدخل مرة أخرى بصورة معدلة في القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ونصت المادة ١٨ مكرر ثالثاً بأن ((على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المناسب ، فإذا لم يفعل خلال مدة العدة استمروا في شغل مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق مدة الحضانة . وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر كان من حق الزوجة المطلقة أن يستقل به إذا هيأ لهم المسكن المستقل المناسب بعد إنقضاء مدة العدة .

ويخير القاضي الحاضنة بين الإستقلال بمسكن الزوجية وبين إن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها . فإذا انتهت مدة الحضانة فللمطلق أن يعود للمسكن مع أولاده إذا كان من حقه إبتداء الإحتفاظ به قانوناً ...

وسبق لنا أن وجهنا[1] النقد لهذا التدخل التشريعي ، وقلنا إن المقصود الأصلي منه ليس حماية مصلحة الصغير ، وإنما تقييد حق الطلاق .

وجاءت المحكمة الدستورية العليا فأصدرت حكمها بإلغاء هذا النص لمخالفته للدستور في حكم له أسبابه القوية ، وأدلته الرصينة ، وبعد حكم محكمتنا العليا لم يعد لهذا النص مكان في التطبيق القضائي ، وعاد أمر مسكن الحضانة يقضي به على أرجح الأقوال في المذهب الحنفي ، حيث تطالب الحاضنة التي لا مسكن لها بمسكن مناسب أو بأجرة مسكن ، ويجب ذلك في مال الصغير إذا كان له مال ، وإلا فيجب في مال أبيه .

وعلى هذا يكون الأب ملزم بنفقة الصغير المعسر ، الغذاء والمسكن ، والملبس ، ويشمل ذلك أجرة الرضاع ، وأجرة الحضانة ، وأجرة مسكن الحضانة ، بل يضاف إليها أجرة الخادم إذا كان الأب موسراً .

٣- لقاء المحضون :

وهو حق للأبوين يشمل رؤيته وزيارته ونتعرض فيما يلي لموقف الفقه والقانون :

١- الفقه الإسلامي :

متفق على حق الأب في زيارة ولده المحضون ورؤيته بل والإشراف على تعليمه وتربيته ، وليس للأم الحاضنة أو غيرها منعه من ذلك ، أو وضع العراقيل أمامه . وقد جاء في ((الفتاوى الهندية)) على مذهب الأحناف "الولد

١- د . محمد كمال إمام : في منهجية التقنين جـ ١ ١٩٩٥ صـ ٢٦٧ - ٣٢٠ .

متى كان عند احد الابوين لا يمنع الآخر عن النظر إلى الصغير وعن تعاهده[1] "

٢- موقف القانون :

نصت المادة ٢٠ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والمعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٧٩ على أنه ... ولكل من الأبوين الحق في رؤية الصغير أو الصغيرة ، وللأجداد مثل ذلك عند عدم وجود الأبوين ، وإذا تعذر تنظيم الرؤية إتفاقاً ، نظمها القاضي على أن تتم في مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسياً ، ولا ينفذ حكم الرؤية قهراً ، ولكن إذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ الحكم بغير عذر أنذره القاضي ، فإن تكرر منه ذلك جاز للقاضي بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتاً إلى من يليه من أصحاب الحق فيها لمدة يقدرها . والنص واضح لا يحتاج إلى تفسير ، وأكدت حق لقاء المحضون المذكرة الإيضاحية بقولها " إن حق رؤية الأبوين للصغير أو الصغيرة حق مقرر شرعاً "، وقد جعل النص للأجداد في حالة عدم وجود الأبوين حق الرؤية بإعتبارهم من الآباء إعمالاً لقوله تعالى في سورة الأنفال ﴿ وألوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله﴾ ، كما قرر النص أنه إذا تعذر تنظيم مواعيد الرؤية إتفاقاً نظمها القاضي بشرط ألا تتم في مكان يضر بالصغير أو الصغيرة كأقسام الشرطة ، فإذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ حكم الرؤية بغير عذر أنذره القاضي ، فإن تكرر منه ذلك جاز للقاضي بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتاً إلى من يلي هذا الممتنع عن تنفيذ حكم الرؤية من أصحاب الحق فيها لمدة يقدرها ، كما أن تنفيذ الحكم بنقل الحضانة يتم

---

١ - الفتاوى الهندية جـ ١ صـ ٥٤٣ .

بمجرد صدوره وبالقوة الجبرية إعمالاً لنص المادة ٣٤٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

٤- مدة الحضانة :

الولادة هي الواقعة المنشئة للحضانة ، هذا بإتفاق الفقهاء أما نهايتها فبعض المذاهب تقف بها عند التمييز ، وبعضها يمتد بها لأكثر من ذلك ، بل إن القانون أيضاً قد تدخل في تحديد نهاية الحضانة ، والأصل أن تنتهي الحضانة بإستغناء المحضون عن الرعاية ، وقدرته على الإستقلال .

أ- الموقف الفقهي :

في الفقه خلاف حول الحد الأقصى للحضانة ، فالأحناف[1] يرون أن غير المميز يظل في حضانة المستحق حتى يتم السابعة ، وبعدها تستمر الفتاة في رعاية الحاضنة الأم حتى تبلغ فتنتقل حضانتها إلى الأب ، أما الذكور من الأولاد فالأب أولى بهم فور بلوغهم سن السابعة .

وفي المذهب المالكي[2] فإن الحضانة تستمر في الغلام إلى البلوغ ، والأنثى حتى تتزوج ويدخل بها الزوج . ويرى الشافعية أن الحضانة عند مستحقها حتى سن التمييز ثم يخير الصبي المميز بين أحد أبويه الصالحين للحضانة ، والذكر والأنثى في التخير سواء .أما الحنابلة[3] فيقصرون التخيير على الذكر أما الأنثى فترغم على حضانة أبيها حتى تتزوج .

١- البدائع : جـ٤ صـ٤٢ ، ٤٣

٢-الشرح الكبير : جـ٢ صـ٥٢٦

٣ - المغنى : جـ٧ صـ٦١٤

ب- موقف القانون :

كان القضاء في مصر على الراجح في مذهب أبي حنيفة فيما يتعلق بمدة الحضانة ، حتى تدخل المشرع بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وقرر في المادة ٢٠ منه أن ((للقاضي أن يأذن بحضانة النساء بعد سبع سنين إلى تسع، وللصغيرة بعد تسع سنين إلى إحدى عشرة سنة إذا تبين أن مصلحتها تقتضي ذلك)) . وفي عام ١٩٧٩ تدخل المشرع مرة أخرى بالقانون رقم ٤٤ والذي حل محله القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فنص في المادة ٢٠ منه على أنه ((ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة ، وبلوغ الصغيرة سن إثنتي عشرة سنة ، ويجوز للقاضي بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة ، والصغيرة حتى تتزوج ، في يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضي ذلك)) . ويلاحظ أن هذا النص لا ينطبق إلا على حضانة النساء وبعد توافر شرطين هما :

الأول : أن يكون ذلك في مصلحة الصغير .

الثاني : أن يصدر بذلك حكم القاضي .

وإذا استمرت الحضانة للنساء تطبيقاً لهذا النص فلا تستحق الحاضنة أجر حضانة ، ولا تأثير لذلك بطبيعة الحال على نفقة الصغير متى توافرت شروطها .

والقانون قد أخذ هذا الحكم من مذهب المالكية ، والرأي عندي أن الصبي الذي أصبح واعياً كان من الأفضل أن يخيره القاضي كما يرى الحنابلة ، وهذا يقتضي العدول عن كل من المذهب المالكي والحنفي لأن كلاهما لا يعطي الصبي المميز هذا الخيار ، مع أن نسق الفقه الحنفي الذي يجعل للمحضون حقاً في الحضانة عند كثير من فقهاء المذهب أولى به أن يثبت ذلك الخيار .

المبحث الثالث

الرضـــــــاع

بعد أربعة عشر قرناً على نزول القرآن تأكد العلم الحديث من أفضل غذاء للطفل في باكورة حياته هو لبن الأم ، وهو الأمر الذي أكد عليه فقهاء الشريعة الإسلامية جميعاً ، بل إن النظام الإسلامي يجعل الرضاع قسما من النفقة الواجبة على الأب لأبنه ، فهو مجبر على تهيئة المرضع ، ودفع أجرة الرضاعة لا يشاركه - متى كان قادراً - في ذلك أحد .

ويرى المالكية [1] أن الأم تجبر على إرضاع ولدها إلا إذا كانت من طبقة نساؤها لا يرضعن أولادهن بأنفسهن .

أما الأحناف فالإرضاع عندهم واجب على الأم ديانة ، ولكنها لا تجبر عليه قضاء إلا إذا تعينت له ، أي تعذر أن يوجد غيرها من يقبل إرضاع الطفل ، أو يقبل الطفل الرضاع منه ، في هذه الحالة - لا من إجبارها رعاية لحق ولدها الصغير .

وفي كل الأحوال فإن الأم أحق بإرضاع ولدها ، وعلى ذلك يتفق الفقهاء بل إن بعضهم قال بأن الزوج ليس له منعها من ذلك ولو بأجرة مثلها سواء كانت زوجة أو مطلقة، لقوله تعالى﴿ **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن** ﴾ .

وسوف نعالج الرضاع في مطلبين:

المطلب الأول : مفهوم الرضاع ووجوبه

المطلب الثاني : ثبوت الرضاع وأثره .

١- حاشية الدسوقي جـ٢ صـ٥٢٥ .

المطلب الأول

مفهوم الرضاع ووجوبه

الرضاع عند علماء اللغة من رضع يرضع مثل ضرب ، ورضيع يرضع ، مثل سمع ، والرضاعة بفتح الراء ، وكسرها أسم من الإرضاع ، وامرأة مرضع أي ذات رضيع ، ومثلها المرضعة .

والرضاع في الشرع أسم لتغذية الصغير بمص الثدي في مدة مخصوصة سواء من الأم أو من غيرها .

والإرضاع في الأساس من حقوق الصغير ، وهو حق يوجب الإنفاق على الأب ، ويطلب الإرضاع من المرأة ، والأصل في ذلك قول الله تعالى ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها ، لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده ، وعلى الوارث مثل ذلك ﴾.

فقوله تعالى ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن ﴾ يدل على أن الوالدة يجب عليها أن ترضع ولدها ، لأنه خبر في معنى الأمر ، غير أن الوجوب هنا مقيد بعدم الإضرار بالأم لقوله تعالى ﴿ لا تضار والدة بولدها ﴾ .

أولاً ما يجب على الأم :

لاشك في حب الأم للصغير عليه ، وارتباطها به أثر جبلي فطري ، وقد اتفق فقهاء المذاهب الإسلامية على أن الرضاع واجب على الأم ديانة ، أي أنها تسأل أمام الله وتأثم يوم الدين إذا امتنعت عن إرضاع ولدها دون عذر زوجة كانت أم مطلقة .

واختلفت المذاهب في الوجوب قضاء الذي يعني إجبار الأم على إرضاع ولدها ويمكن رصد اتجاهين للفقه .

١- الإتجاه الذي يرى وجوب الإرضاع :

يرى المالكية[١] أن إرضاع الطفل واجب على الأم قضاء وديانة ، لقوله تعالى **﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ﴾** فهذا الإخبار بمعنى الأمر ، وعلى هذا فالأم مأمورة بإرضاع صغيرها ، وعند الإمتناع يجبرها القاضي عليه بشرطين :

الشرط الأول : أن تكون الزوجية قائمة بين أم الصغير وأبيه ، ويتوفر ذلك متى كان الزواج مستمراً ، أو كانت الأم معتدة من طلاق رجعي

الشرط الثاني : توافر حالة الضرورة إذا كانت الأم مطلقة طلاقاً بائناً، ومثال ذلك أن يمتنع الصغير عن قبول الرضاع من غير أمه

ويستثنى من ذلك عند المالكية ما يلي :

١- لا تجبر المرأة المريضة أو لديها أعذار مماثلة على إرضاع وليدها لأن إرغامها إضرار والآية صريحة في قوله تعالى **﴿ لا تضار والدة بولدها ﴾** .

٢- لا تجبر المرأة على إرضاع ولدها إذا كانت من قوم ليس من عادة نسائهم القيام بالإرضاع كما جاء في حاشية الدسوقي وذلك تحكيماً للعرف ، أو كما يقول ابن العربي[٢] هو تخصيص لعموم الآية بالعرف.

وبمثل ذلك يقول الظاهرية ، وينص " ابن حزم "[٣] على أن الأم تجبر قضاء على إرضاع ولدها حولين كاملين ، أحبت ذلك أو كرهت ،

---

١ - مواهب الجليل ، جـ٤ صـ٥٢٥

٢ ابن العربي : أحكام القرآن جـ ١ صـ ٢٠٤

٣- المحلى جـ١٠ صـ٣٣٥

وأحب زوجها ذلك أو كره ، إلا المطلقة فإنها إن تعاسرت هي وأبو الصغير ، بأن لم يتفقا على أجرة يتراضيان عليها ، وكان الولد مع ذلك يقبل ثدي غيرها فهنا يسترضع المطلق امرأة أخرى بدلها ، كما يسترضع امرأة أخرى . أيضاً إذا لم يكن لها لبن ، أو كان لبنها يضر بالصغير ، وليس على الأم المطلقة أن ترضع ولدها إلا أن تريد ، فإن أرادت فلها ذلك وإن لم يرض الأب ، فإن لم يقبل الصغير ثدي غيرها أجبرت على ذلك .

وقد أخذت بعض التشريعات العربية بهذا الإتجاه ونصت المادة (٥٥) من التشريع العراقي للأحوال الشخصية على أنه " على الأم ارضاع ولدها إلا في الحالات المرضية التي تمنعها من ذلك ".

٢- الإتجاه الثاني الذي لا يرى إجبار المرأة على الإرضاع : -

وهذا رأي جمهور[1] الفقهاء ، ويعبر عنه الفقهاء الأحناف بقولهم إن الأم لا تجبر على إرضاع الصغير قضاء وإن وجب عليها ذلك ديانة ، قال صاحب " تنوير الأبصار " "وليس على أمه إرضاعه قضاء بل ديانة إلا إذا تعينت فتجبر" ، وإذا قبلت الأم إرضاع ولدها فهي أحق به من غيرها ، وليس لأبيه أن يرفض اللهم إلا إذا أصرت على إرضاعه بأجرة ووجدت امرأة أخرى تتبرع بإرضاعه .

وتجبر الأم على إرضاع ولدها في الحالات الآتية :

١- ألا توجد امرأة سواها ترضع الصغير .

٢- ألا يقبل الصغير غير ثدي أمه .

---

١ - المبسوط جـ٥ صـ٢٠٨ ، جامع أحكام الصغار جـ١ صـ٢٣٥ ، مغني المحتاج جـ٣ صـ٤٤٩ ، المغني جـ٧ صـ٦٢٧

٣- ألا يوجد للصغير أو للأب مال ، ولا يوجد من يتبرع بإرضاعه .

وواضح أن هذه الحالات الثلاث تقررت كلها لمصلحة الصغير .

ويرى الجعفرية أنه لا يجب على الأم إرضاع الولد ولها حق المطالبة بأجرة رضاعه . والراجح عندهم أن لها ذلك حتى ولو كانت زوجة [1] . .

وقد أخذت بعض التشريعات العربية بهذا الإتجاه فنصت المادة ١٨٦ من التشريع الكويتي للأحوال الشخصية بأنه " يجب على الأم إرضاع ولدها إذا لم يكن تغذيته من غير لبنها ".

ثانياً : ما يجب على الأب :

الرضاع جزء من النفقة ، والأب وحده هو الذي يتكلف نفقة أولاده ، وعليه وحده أجرة الرضاع لمن تقوم به لقوله تعالى ﴿ **فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن** ﴾ .

ويفرق الفقه بين الأم والمرأة الأجنبية في إجبار الأب بالأجرة .

١- **المرأة الأجنبية** : لا خلاف في أنها تستحق أجرة الرضاع وتجب على الأب بشرطين :

الأول : أن يكون الصغير فقيرا أي لا مال له ، لأن أجرة الرضاعة جزء من النفقة ونفقة الصغير في ماله أولا فإن تعذر وجبت على أبيه .

الثاني : ألا تكون المرأة متبرعة ، لأن التبرع لا معاوضة فيه فلا تستحق صاحبته أجرة عليه ومتى استقرت أجرة الرضاع في ذمة الأب فإنها تصبح ديناً عليه لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

---

١ - المحقق الحلي شرائع الإسلام جـ ٢ صـ ٣٤٥ .

٢- الأم : يرى الأحناف أن الأم تستحق أجرة الرضاع متى كانت مطلقة طلاقاً بائناً أو طلاقاً رجعياً وانقضت عدتها ، لأنها بذلك تكون كالأجنبية وتنقطع نفقتها بإنقطاع زوجيتها ، فتستحق الأجرة وإلى هذا يشير قوله تعالى ﴿ **وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ، فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن** ﴾ . أما الأم التي لا تزال في زوجية قائمة ، أو مطلقة رجعية ولم تنقضي عدتها أو مطلقة بائنة ولا تزال في العدة في الرأي الذي عليه الفتوى عند الأحناف ، فلا أجرة لها ، سواء أرضعت الطفل مختارة أو مجبرة ، ذلك لأن الإرضاع واجب عليها ديانة ، ولأنها تستحق النفقة بإعتبارها زوجة ، فلا توجب أجرة الرضاع على الزوج فتوجب عليه نفقتين بلا مسوغ شرعي[١] .

ويرى الجعفرية -في الرأي الراجح- أن المرضعة تستحق أجرة الرضاع سواء كانت أجنبية أو أما ، وإذا كانت أماً فإنها تستحق أجرة الرضاع سواء كانت زوجة أو مطلقة لا تزال في العدة أو بعد إنتهاء العدة ، وسواء كان الطلاق رجعيا أم بائنا .

ويلاحظ أنه في كل مرة تستحق الأم فيه أجرة الرضاع فإنها تستحقها دون توقف على قضاء القاضي ، وبدون حاجة إلى عقد ، وتكون أجرة الإرضاع دينا صحيحاً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، حتى لو ماتت الأم قبل أن تأخذ الأجرة التي تستحقها ، فلورثتها مطالبة الأب بها ، وإذا مات الأب فالأجرة دين عليه تأخذها الأم أو ورثتها من تركته ، وقد أجمع العلماء على أن الأم لا تستحق الرضاع بعد مدته وهي عامان ، لأن ما بعدهما لا يكون رضاعاً بالمفهوم الشرعي .

---

١ -الكمال بن الهمام : فتح القدير جـ ٣ صـ ٣٤٥ .

المطلب الثاني

ثبوت الرضاع وأثــره

الرضاع واقعة مادية لها آثارها الشرعية في الحل والحرمة ، ولها آثارها المالية في استحقاق الأجرة ، ومن هنا تبرز أهمية إثبات الرضاع ، وهو يتم بأحد طريقتين :

أولهما : الإقرار وهي اعتراف الزوجين أو أحدهما بوجود الرضاع .

ثانيهما : البينة وهي الشهادة من العدول على حدوث الرضاع .

أولاً : التحريم بالرضاع : -

القاعدة الشرعية - كما درستم في كتاب الزواج - أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وهذه القاعدة من المسلمات الفقهية لم تختلف فيها المذاهب ، وإنما الرضاع المحرم له مقدار معين ، وله مدة معينة ، وفي هاتين اختلف الفقهاء .

١- القدر الذي يوجب التحريم :

يتم الرضاع في صورته المادية بالكثير والقليل من لبن الأم ، ولكن الفقهاء اختلفوا - في القدر الذي يعتبر رضاعاً يوجبه التحريم - إلى فريقين :

أ- **الفريق الأول** : ويمثله الشافعية[١] والحنابلة[٢] ومعهم الشيعة الجعفرية وهو رأي عدد من الصحابة والتابعين . فيرى الشافعية والحنابلة أن التحريم لا يثبت بأقل من خمس رضعات متفرقات مشبعات ، استناداً إلى ما

---

١ - النووي : شرح صحيح المسلم جـ١٠ صـ٣٠

٢ - البهوتي : شرح منتهى الارادات جـ٣ صـ٢٣٧

كانت تقول " نزل في القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ثم صيرن إلى خمس يحرمن " . ويروي عبد الله بن الزبير عن الرسول ﷺ أنه قال " لا تحرم المصة من الرضاعة ولا المصتان " ويقول الظاهرية وخاصة ابن حزم [1] بمثل ذلك .

أما الشيعة الجعفرية فالرأي الراجح عندهم أن الحرمة[2] لا تثبت إلا برضاع بلغ خمس عشرة رضعة ، أرضع يوماً وليلة ، بقيود ثلاثة : أن تكون الرضعة كاملة، وأن تكون الرضعات متوالية ، وأن يرتضع الصغير من الثدي .

الفريق الثاني : ويمثله الأحناف[3] والمالكية[4] يرى أن قليل الرضاع وقليله سواء في إثبات التحريم ، وهو رأي جمهور الصحابة ، ولهم سند في الأحاديث والآثار ، ويستدل الكاساني لمذهب الأحناف بقول الله عز وجل ﴿ وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ﴾ فالإرضاع هنا جاء مطلقاً عن القدر ، ولم يثبت ما يقيده ، خاصة وأن الأحناف يرون أن حديث عائشة لم يثبت عنها .

ورأي الشافعية والحنابلة هو الأرفق بالناس لذلك أختاره المشرع في قوانين الأحوال الشخصية ، فقد جاء في المادة(١٣) من مشروع قانون الأحوال الشخصية الذي أقره مجمع البحوث الإسلامية أنه " لا يثبت التحريم بالرضاع إلا إذا كان مص الرضيع من ثدي المرضع ، وحصل في

١- ابن حزم : المحلى جـ١٠ صـ٧

٢- المحقق الحلي : شرائع الإسلام جـ ٢ صـ ٢٨٢ .

٣ -الكمال بن الهمام : فتح القدير جـ ٣ صـ ٤٤٠ ، الكاساني : بدائع الصنائع جـ٤ صـ ٦ .

٤ -الرملي : نهاية المحتاج جـ ٧ صـ ١٦٤ .

الحولين الأولين ، وبلغ خمس رضعات متيقنات ، والمدار في تحديد الرضعة على العرف ".

٢- المدة التي يعتد فيها بالتحريم :

الرضاعة قد تطول وقد تقصر ، ولم يجعل الشارع الحكيم أمر التحريم بها موكولاً إلى فعل البشر ، ولكنه حدد مدة معينة ولا يعتد بما يجيء بعدها في تحريم أو إثبات حقوقه .

يكاد يتفق رأي الفقه الإسلامي على أن الرضاع المحرم لا يثبت إلا بإرضاع الصغير وحده عند الشافعي من له دون سنتين ، وهو رأي أبي يوسف ومحمد من الأحناف ، ويحدها أبو حنيفة بثلاثين شهراً ، ولم يثبت التحريم في رضاع الصغير إلا ما روي عن عائشة وداود الظاهري .

والذي عليه الجمهور أدق وأصوب ، لأن الرضاع المحرم هو ما أنبت اللحم وشد العظم ، كما يقول " الحلي " لقوله عليه السلام " لا رضاع بعد فطام "[١] . وقد نصت المادة (١٧) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أنه " يشترط في التحريم بالرضاع أن يكون في الحولين الأولين ، وأن يبلغ خمس رضعات مشبعات متيقنات " .

٢- كيفية ثبوت الرضاع :

الإقرار والبينة هما طريقا إثبات النسب .

أ- الإقرار :

للإقرار ثلاث حالات ، فقد يكون من جانب الرجل والمرأة معاً ، وقد يكون من الرجل وحده أو من المرأة وحدها .

١-شرائع الإسلام جـ ٢ المرجع السابق صـ ٢٨٢ .

الحالة الأولى : الإقرار المشترك : والاعتراف فيه بواقعة الرضاع يأتي من الرجل والمرأة معاً وله صورتان :-

أولهما : الإقرار قبل الزواج : وفيه يعترفان معاً - الرجل والمرأة - بوجود الرضاع بينهما ، فيثبت به التحريم حيث لا زواج بين أخوين من الرضاع ، وهذا الإقرار يمنع إقدام الرجل والمرأة على الزواج لثبوت المانع ، فإذا أقدما عليه وجب التفريق بينهما ، ولا مهر للزوجة لفساد العقد عند الأحناف وبطلانه عند غيرهم .

والثانية : الإقرار بعد الزواج : فإذا اعترفا معاً بعد الزواج بأنهما أخوة من الرضاع وجب عليهما الفرقة إختياراً ، وإلا يفرق بينهما القاضي إجباراً ، ويجب للمرأة في هذه الحالة أقل المهرين المسمى ومهر المثل .

الحالة الثانية : إقرار الرجل :

وإذا جاء الإقرار من جانب واحد هو جانب الرجل ، فإن كان قبل الزواج فلا يحل له الإقدام عليه ، لأن الإقرار حجة على صاحبه ، فتثبت به الحرمة في مواجهته ، وإن كان بعد الزواج وجب عليه أن يفارق "مرأة بالتراضي أو بحكم القاضي سواء صدقته الزوجة أو لم تصدقه ، ويحـ للمرأة في التفريق قبل الدخول نصف المهر المسمى ، وبعد الدخول يتأكد لها كل المهر بالإضافة إلى النفقة والسكنى في العدة .

الحالة الثالثة : إقرار المرأة :

وإذا انفردت المرأة بالإقرار ، فإن كان قبل الزواج فلا يحل لها الزواج من هذا الرجل ، وإن كان بعد الزواج فلا أثر له فيه مالم يصدقها الزوج ، لأن إقرارها لا يتعداها فلا يلزم به غيرها .

ب_ البينة :

البينة هي الطريق الثاني لثبوت الإرضاع ، وقد اتفق الفقهاء على ثبوته برجلين أو رجل وامرأتين ، واختلفوا في ثبوت الرضاع بغير ذلك .

فعند الأحناف لا تقبل شهادة النساء وحدهن . ويرى المالكية أن الرضاع قبل العقد لا يثبت بشهادة امرأة واحدة إلا إذا كانت أماً للصغير فتقبل شهادتها ويثبت به التحريم ، ويثبت الرضاع عندهم بشهادة رجل وامرأة، وأيضاً بشهادة امرأتين إذا شاع أمر الرضاع منهما أو من غيرهما قبل العقد .

ويرى الشافعية أن شهادة أربع نسوة تكفي لإثبات الرضاع المحرم لأن الرضاع كالولادة من اختصاص النساء .

ومتى ثبت الرضاع بالإقرار أو البينة ، ترتبت على ثبوته حرمة مؤبد، لا يقوم معها عقد ولا يستمر بثبوتها زواج وقد عالج مشروع قانون الأحوال الشخصية للمسلمين الذي أقره مجمع البحوث الإسلامية أحكام الرضاع في المواد من ٢٠٠ - ٢٠٣ واستوعبها الباب الثاني منه ، ونصها ما يلي :

مادة ٢٠٠ :

(أ) لا يجب على الأم إرضاع ولدها إلا إذا تعذرت تغذيته من غير لبنها لأي سبب كان .

(ب) إذا امتنعت الأم عن إرضاع ولدها ، ولم يكن واجباً عليها ، فعلى أبيه أن يستأجر من ترضعه أو تقوم بتغذيته عند الأم .

مادة ٢٠١ :

الأم أحق بإرضاع ولدها ما لم تطلب أجراً على الإرضاع ورضيت أجنبية بإرضاعه مجاناً أو بأقل مما طلبته الأم ولو كان أجر المثل فتقدم الأجنبية ، على أن ترضعه عند الأم .

مادة ٢٠٢ :

أجرة الإرضاع من النفقة الواجبة للصغير ، وتستحق من وقت الإرضاع ، ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

(أ) لا تستحق الأم أجرة إرضاع في الأحوال الآتية :

١- إذا كانت زوجة الأب ، ولو كانت ناشزاً عن طاعته .

٢- إذا كانت معتدة لها نفقة عليه ، ولو أبرأته منها نظير الطلاق .

(ب) لا تستحق أجرة الإرضاع لأكثر من حولين كاملين من وقت الولادة .

وتتكمل أحكام الرضاع في هذه المواد إذا أضفنا إليها نصوص المادتين ١٢ ، ١٣ في المشروع في الفصل الثاني من الباب الثاني وينصان على ما يلي :

مادة ١٢ :

(أ) يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، ولا تثبت الحرمة بالرضاع إلا من قبل المرضع .

(ب) لا تثبت حرمات المصاهرة من طريق الرضاع .

مادة ١٣ :

لا يثبت التحريم بالرضاع إلا إذا كان مص الرضيع من ثدي المرضع حصل في الحولين الأولين ، وبلغ خمس رضعات متيقنات ، والمدار في تحديد الرضعة على العرف .

الفصل الثالث

نفقة الأقارب

في الشريعة الإسلامية لا تجب النفقة إلا بأسباب ثلاثة هي ، الزوجية، والقرابة ، والملك .

أما نفقة الزوجية فمكانها الحقوق المالية للزوجة وقد عرضنا لها من قبل ، وأما الملك فقد انتهى زمنه بإتفاقات ومعاهدات إلغاء الرقيق ، أما نفقة الأقارب فغايتها وصل ما أمر الله به أن يوصل حتى لا تنقطع الروابط الطبيعية ، وصلات الدم بين الأصول والفروع أو بين الحواشي من ذوي الأرحام .

وإذا كانت نفقة الزوجية أساسها الإحتباس والتمكين فهي تجب للزوجة غنية أو فقيرة ، وتجب لكل زوجة ، أما نفقة الأقارب فإنها تجب في الغالب الأعم لمن لا مال له ، لأن الأصل في الشريعة الإسلامية أن تجب نفقة الإنسان في ماله، فإذا تعذر الأصل بإعسار أو إفتقار انتقلنا إلى البدل فوجبت نفقة الإنسان على أقاربه القادرين متى توافرت شروطها .

والقرابة نوعان ، قرابة الولادة وهى تستوعب كل من كان داخلاً فى عمود النسب أصلاً أو فرعاً ، وقرابة غير الولادة وهى ما لا تدخل فى عمود النسب ولها صورتان ، الصورة الأولى القرابة المحرمة وهى التى تعد من موانع الزواج كالأخوة والعمومة ، وقرابة غير محرمة وهى التى لا تحرم الزواج كقرابة بنى الأعمام .

والذي نراه أن القرابة هى سبب وجود نفقة الأقارب ، والأصل فيها واقعة الميلاد سواء اتصل الأفراد فيها بعمود النسب ، ويمكن أن نطلق عليها القرابة المباشرة ، أو جاءت الصلة عن غير عمود النسب ونطلق عليها

القرابة غير المباشرة ، فهؤلاء جميعاً من ذوى القربى ، يجرى فى عروقهم دم يجرى من أب أعلى مع تفاوت الدرجة وتنوع الرابطة .

وينقسم هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول : نفقة الأقارب فى الفقه الإسلامى

المبحث الثانى : نفقة الأقارب فى القضاء المصرى (مذهب الأحناف)

المبحث الأول

نفقة الأقارب فى الفقه الإسلامى

وينقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : أدلة وجوب النفقة

المطلب الثانى : القرابة الموجبة للنفقة

أدلة وجوب النفقة

أولاً : أدلة وجوب النفقة :

تجب نفقة الأقارب بأدلة الأحكام الأصلية ، ونجد سندها الشرعي في كتاب الله وسنة رسوله ﷺ .

١- الأدلة من القرآن الكريم :

في كتاب الله العديد من آيات الأحكام التي توجب نفقة القريب ، بعضها بعبارة النص وبعضها بإشارته .

أ- يقول تعالى في سورة البقرة : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ، وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف الله نفس إلا وسعها ، لا تضار والدة بولدها ، ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك . ﴾

فالآية الكريمة تدل بإشارة النص على وجوب نفقة الأولاد الصغار على أبيهم ، لأنه إنما أوجب نفقة على الزوج بوصف كونه مولوداً له ، وذلك يشعر بأن علة وجوب نفقتها عليه هي الولادة له ، فيلزم من ذلك وجوبها لنفس المولود من باب أولى .

والآية الكريمة تدل أيضاً بعبارة النص على وجوب نفقة القريب على قريبه بحكم كونه وارثاً .

ب- يقول تعالى فى سورة لقمان : ﴿ ووصينا الانسان بوالديه حملته أمه وهناً على وهن وفصاله فى عامين أن اشكر لى ولوالديك وإلى المصير ، وإن جاهداك على أن تشرك بى ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما فى الدنيا معروف . ﴾ فالآية الكريمة تفيد وجوب نفقة الأقارب بالتبادل فيما بينهم لأن مصاحبة الوالدين بالمعروف تستوعب النفقة عند الحاجة ، والحاجة إلى المال كالحاجة إلى الأولاد غرائز طبيعية لابد لهما من الإشباع .

٢- الأدلة من الفقه :

وفى مدونات السنة أحاديث كثيرة تدل على وجوب نفقة الأقارب منها:

أ- فعن أبى هريرة قال - فيما أخرجه البخارى ومسلم - ﴿ قال رجل يا رسول الله ، أى الناس أحق منى بحسن الصحبة؟ قال أمك ، قال ثم من ؟ قال أمك ، قال ثم من ؟ قال أمك ، قال ثم من قال أبوك . ﴾

والإنفاق على الوالدين عند الحاجة من أهم صور من حسن الصحبة التى يأمر بها الرسول ﷺ فى حديثه الشريف .

ب- وعن عائشة رضى الله عنها - فيما رواه الجماعة إلا الترمذى - ﴿ أن هنداً قالت : يا رسول الله ، إن أبا سفيان رجل شحيح ، وليس يعطينى ما يكفنى وولدى إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم ، فقال : خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف . ﴾

والحديث صريح فى دلالته على وجوب نفقة الزوجة والأولاد على الرجل زوجاً وأباً .

جـ- عن أبى هريرة - فيما رواه النسائى وأحمد - ﴿ أن النبى ﷺ قال : تصدقوا ، قال رجل عندى دينار ، قال تصدق به على نفسك ، قال

تصدق به على ولدك ، قال عندى دينار آخر ، قال أنت أبصر به ﷺ

فهذه الأحاديث وغيرها الكثير صريح في وجوب نفقة الأقارب في حدود المجال المرسوم لها ، والشروط الواجب توافرها فيمن تجب له .

القرابة الموجبة للنفقة

لا خلاف بين فقهاء المذاهب الإسلامية على وجوب النفقة للقريب المحتاج ، ولكنهم يختلفون في ما هية القرابة الموجبة للنفقة وسوف نعرض آراء المذاهب الإسلامية بإيجاز عدا الفقه الحنفي فسوف نفصل القول فيه لأنه المذهب الذي عليه العمل في مصر بموجب اللائحة الشرعية .

أ- المذهب المالكي :

يرى الإمام مالك أن نفقة القريب على قريبه تجب على الولد ذكراً كان أو أنثى لأبيه وأمه الأدنيين دون الجد والجدة ، وتجب على الأب لابنه وبنته دون الأحفاد أي دون من نزل ممن يطلق عليهم اسم الأولاد ، وعندهم أن الأبوة والبنوة لا تضم إلا أول درجات عمود النسب صاعداً أو نازلاً ، فلا تشمل الجد وإن علا وتستبعد كل حفيد مهما علا أو نزل . ولا تجب النفقة عند المالكية على الأم لولدها ، ولا تجب لغير من ذكر من الأقارب .ويشترط لوجوبها عندهم ، قدرة من عليه الانفاق ، وحاجة من له الانفاق ، وتثبت النفقة عندهم مع اختلاف الدين . وواضح أن مذهب المالكية يكاد يكون أضيق المذاهب في المجال الذي تجري فيه نفقة القريب على قريبه [1] .

---

١ -الدسوقي : الحاشية على الشرح الكبير حـ٢ ص٥٢٢ - ٥٢٣

٢- المذهب الشافعى :[1]

يتفق الشافعية مع مالك فى القول بأن نفقة الأقـارب لا تجـب بين من يتصلون بعمود النسب ، ولكن الشافعية يرون أن النفقة تجب على الأصول لفروعهم ، وعلى الفروع لأصولهم من غير تقييد بدرجـة ، لأن الأصـول عندهم آباء ، والفروع عندهم أبناء ، فالمجال هنا أوسع فى التطبيـق ، وأرفـق بالناس ، وأدنى إلى تحقيق أهداف التكافل التى يتوخاها الإسلام مـن تشـريع نفقة الأقارب ، فهـى عند الشـافعية تستوعب الأصـول وإن علـوا ، والفـروع مهما نزلوا . ولا ضير فى ذلك لأنها نفقة لا تجب إلا على قادر ولا يستحقها إلا محتاج . وهى تستحق لكل قريب مسلماً كان أو غير مسلم ، وقد أخذ القانون الكويتى للأحوال الشخصية بمذهب الشافعية بأنه لا نفقة للأقارب سوى للأصول وإن علوا ، والفروع وإن نزلوا ، تقديراً لقوة القرابة ، وهو مـا جـاء بنص المادة ٢٠٠ من هذا التشريع .

٣- المذهب الحنبلى[2]

يـأخذ الحنابلة بقول ابن أبـى ليلـى الذى يوجب النفقـة علـى قرابـة الأصول والفروع ، ويثبتها لكل رحـم وارث بـأى طريـق من طـرق الإرث ، فالحنابلـة يـرون أن القرابـة الموجبـة للنفقـة هــى الموجبـة لاسـتحقاق الارث بإطلاق ، لقوله تعـالى " وعلـى الـوارث مثـل ذلـك " ، ولا تثبت لغير المسلم لانتفاء شرط اتحاد الدين وهو مـن شـروط الميراث ، وتثبت نفقـة الأقـارب عندهم لذوى الأرحام إذا كانوا من عمود النسب الأعلى والأسفل كـأب الأم أو

---

١ -أبو اسحاق الشيرازى المهذب جـ٢ ص١٥٦

٢ -ابن قدامة : المغنى جـ٧ ص٥٨٢

ابن البنت دون النظر إلى ارثهم ، [illegible] والعمة لضعف قرابتهم إلى درجة تمتنع بها سببية النفقة ، خاصة وأنه لم يرد نص فى كتاب أو سنة فى شأنهم ، ويمثل ذلك بقول الظاهرية [1] والشيعة[2] الجعفرية .

ورأى الحنابلة يكاد يكون أوسع المذاهب فى إيجاب نفقة لولا أنه يستبعد منها غير الوارثين لتباعد عمود النسب أو اختلاف الدين ... وكأنهم يقيمون نفقة الأقارب على مبدأ الغنم بالغرم ، ولا أظنه المبدأ الصالح لاسناد النفقة إليه فى التشريع الإسلامى . فنفقة الأقارب فى الإسلام ، أساسها صلة الأرحام ، وليس الثروة وما تعرض لها من تداول واقتسام

١-ابن حزم المحلى جـ١٠ ص١٠٠

٢-الطوسى مسائل الخلاف جـ٢ ص١٣١

المبحث الثانى

نفقة الأقارب فى القضاء المصري

الأصل فى المذهب الحنفى أنه يوجب هذه النفقة فى قرابة الأصول والفروع ، ويثبتها أيضاً لكل ذى رحم محرم . مع خلاف فى التفاصيل ، يقتضى التعرض لهذا المذهب بالتفصيل ، حتى يتبين للقاضى أرجح الآراء ، وهو ما ألزمه به المشرع عند القضاء . خاصة وأن موضوع نفقة الأقارب مما تضل فيه الأفهام ، ويحسن المشرع صنعاً لو أسرع بإصدار تقنين شامل للأحوال الشخصية ، أو على الأقل تقنين جزئى يحسم فيها بالنصوص وعن طريق سلطة ولى الأمر فى التخصيص ما اتسعت فيه شقة الخلاف ، وهو ما أشار إليه " ابن عابدين" فى حاشيته بقوله " أعلم أن مسائل هذا الباب – يقصد نفقة الأقارب – مما تحير فيه أولو الألباب ، لم يتوهم فيها من الاضطراب ، وكثيراً ما رأيت من ضل فيها عن الصواب ، حيث لم يذكروا لها ضابطاً نافعاً ، ولا أصلاً جامعاً " وهذا ما دفع ابن عابدين- شيخ المتأخرين من فقهاء الأحناف – بوضع رسالة خاصة سماها " تحرير النقول فى نفقات الفروع والأصول "(١) .

وينقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : أحكام نفقة الأقارب فى الفقه الحنفى

المطلب الثانى : ترتيب الأقارب فى وجوب النفقة

١- ابن عابدين : رد المحتار جـ٥ ص٣٥٦ دار الكتب العلمية ببيروت ١٩٩٤ وسوف نعتمد على هذا الكتاب بصفة أساسية فى عرض المذهب خاصة من صـ٣٣٨ : صـ٣٧٨ ، ويلاحظ أن المذهب الحنفى هو مذهب القضاء فى مصر .

أحكام نفقة الأقارب في الفقه الحنفي

القرابة التي يستند إليها في إيجاب نفقة الأقارب نوعان :

النوع الأول : قرابة الولادة : وهي تستوعب كل من كان داخلاً في عمود النسب من الأصول والفروع ، وهي توجب نفقة الأقارب بإطلاق .

النوع الثاني : قرابة غير الولادة : وتشمل من ليسوا من عمود النسب ولها صورتان :

الصورة الأولى : القرابة المحرمة :

وهي التي تكون مانعاً من الزواج والتحريم المقصود هنا هو التحريم الدائم . ونفقة القرابة هنا واجبة مثل قرابة الولادة سواء بسواء ، لأنه رحم واجب الوصل ، ومثالها قرابة الأخوة وأولادهم .

الصورة الثانية : القرابة غير المحرمة :

وهم الأقارب الذين لا يحرم الزواج بينهم فلا نفقة لواحد منهم على الآخر ، ومثالها أولاد الأخوال والخالات .

ب- شروط نفقة الأقارب عند الأحناف :

لا تثبت نفقة القريب بمحض وجود القرابة ، فلابد من توافر شروط فيمن تجب عليه النفقة ، وفيمن تجب له النفقة ، وبغيرها لا يلزم بها قريب ، ولا يطالب بها قريب . وهذه الشروط على النوعين الأول شروط عامة تعم قرابة الولادة وغيرها ، والثاني شروط خاصة بقرابة غير الولادة .

النوع الأول : الشروط العامة :

لا تثبت النفقة لأي قريب إلا بتوافر أمرين هما :

الأمر الأول : أن يكون المنفق عليه معسراً : لأن الحاجة أساس النفقة للقريب، واختلف فى حد العسر فقيل هو المحتاج ، وقيل هو من تحل له الصدقة ولا تجب عليه الزكاة .

ويتفرع عن هذا الشرط أن تكون نفقة الصغير الموسر فى ماله، ولا اعتبار بيسار الأب أو اعساره ، لأن الأصل أن نفقة الإنسان فى ماله إلا الزوجة فنفقتها على زوجها . فإذا كان للصغير مال حاضر انفق عليه الأب منه وأشهد على ذلك سداً لذريعة مطالبة الابن بكل ماله بعد البلوغ والظاهر يشهد له ، لأن الآباء فى العادة يتبرعون بالإنفاق على أولادهم أما إذا كان مال الولد غائباً غير ظاهر ، فينفق الأب عليه من مال نفسه ، ويرجع عليه إذا كان الإنفاق بحكم القاضى ، أو أشهد بأنه أنفق بقصد الرجوع على ابنه عند ظهور ماله ، وإلا فالظاهر أن الوالد ينفق على ولده تبرعاً .

الأمر الثانى : أن يكون المنفق عليه عاجزاً :

فلا تجب النفقة لقريب قادر على الكسب ويستثنى من ذلك الأب والجد عند عدم الأب ، فإنه يقضى بنفقته على الولد الموسر ما دام الأب أو الجد معسراً ولو كان صحيحاً وقادراً على الكسب ، لأن الولد هو وماله لأبيه كما قال ﷺ .

واشتراط العجز لوجوب النفقة هو المتفق مع هذا النوع من الإنفاق أساساً وغاية ، لأن حاجة القريب هى الباعث ، وغايتها سد هذه الحاجة من خلال تكافل أسرى يتقدم فيه الأقرب فالأقرب ، فحيث تنتفى الحاجة تسقط النفقة .

النوع الثانى : الشروط الخاصة :

وتختص بها قرابة غير الولادة مما تجب لهم النفقة وهم ذوو الرحم المحرم ، فهى لا تجب إلا بثلاثة أمور .

الأمر الأول : أن نفقة ذى الرحم المحرم إلا إذا كان المنفق موسراً ، لأن الانفاق فى هذه الحالة بر وصلة ولا تجب الصلة على غير الأغنياء ، وحد الغنى أى يملك الشخص نصاب الزكاة . فأما قرابة الولادة – كما سيأتى – فلا يشترط فيه اليسار والغنى بل تكفى قدرة المنفق على الكسب ، لأن انفاق الفروع على الأصول والأصول على الفروع فرع من الانفاق على النفس ، وإحياء النفس واجب فيكفى فيه القدرة على الكسب وليس الغنى واليسار .

الأمر الثانى : ولا تجب النفقة لذى الرحم المحرم مع اختلاف الدين فلا نفقة بين المسلم وغير المسلم إلا فى قرابة الولادة ذلك لأن الأصل فى نفقة الأصول والفروع رابطة الأبوة والبنوة . وهى رابطة يستوى فيها المسلم وغير المسلم ، أما رابطة غير الولادة عند الأحناف فالأساس فيه التوارث ، ولا توارث مع اختلاف الدين ، وإذا امتنع الأصل امتنع الفرع من باب أولى ، فانتفت النفقة بين ذوى الرحم المحرم عند اختلاف الدين .

الأمر الثالث : لا تجب نفقة ذى الرحم المحرم إلا بقضاء القاضى . فلابد من طلب وحكم ، أما قرابة الولادة فتثبت بها نفقة الأقارب دون قضاء

جـ أقسام نفقة الأقارب :

النفقة التى تثبت للقريب على الأقسام ، منها ما يثبت للأصل على الفرع ، ومنها ما يثبت للفرع على الأصل ، ومنها ما يجب لذوى الرحم المحرم من غير الأصول والفروع .

القسم الأول : النفقة الواجبة للأصول على الفروع :

ومناط وجوبها أن الفرع جزء من أصله ، وهو أولى من غيره بالانفاق على الأصل عند افتقاره وإعساره ، وليس من شروطها التوارث أو اتحاد الدين ، أو عجز الأصل عن الكسب ، ولا يشترط فى الفرع المنفق إلا أن يكون قادراً على الكسب ، وإذا تعددت الفروع كانت نفقة الأصل على

أقربهم درجة ، فإذا اتحدت الدرجة كانت عليهم بالتساوى ، ولا فرق فى الحالتين بين الذكر والأنثى ، ولا بين الوارث وغيره ، ولا بين الموافق فى الدين والمخالف له .

القسم الثانى : النفقة الواجبة للفروع على الأصول :

ومناطها الجزئية أيضاً ، لأن الفرع جزء من أصله ، وفطرة الخالق تقضى برعاية الآباء للأبناء ومنها الانفاق ، ونظام الإسلام فيها يوافق الفطرة ويلائم المصلحة .

ولا يشترط فيها التوارث أو اختلاف الدين ، غير أنها لا تجب للحربى حتى ولو كان مستأمناً ، أى مقيماً فى دار الإسلام بعهد أمان ، ويشترط لوجوبها فى الفرع أن يكون فقيراً وغير قادر على الكسب إذا كان ذكراً ، ويكفى فقر الأنثى فلا يشترط فيها العجز عن الكسب ، لأن الأنثى نفقتها على نفسها إن كانت ذات مال أو ذات حرفة تكفيها وعلى أبيها إن كانت فقيرة وليس لها عمل مشروع وملائم ، وعلى زوجها إذا كانت زوجة .

ويشترط فى الأصل حتى تجب عليه نفقة الفرع أن يكون غنيا أو قادراً على الكسب ، فإذا كان قادراً على الكسب للإنفاق على أولاده ورفض أو أهمل أجبر عليه ، واستحق الحبس عقوبة له ، ولا يحبس الأب وإن علا فى دين لولده وإن نزل إلا فى دين النفقة لتوقف حياة الولد عليها ، وإذا كان الأب لا يقتل قصاصاً منه إذا قتل الولد ، فلا أقل أن يحبس إذا عرض حياة ولده للخطر بعد الانفاق عليه وكان غنياً أو قادراً على الكسب . فإذا ضاق كسب الأب عن الانفاق عليه ، أمر القاضى من تجب عليه النفقة بالأداء تبعاً وتثبت النفقة أصالة على الأب ، وما يؤديه غيره يكون ديناً فى ذمة الأب يسدد حين ميسرة .

وإذا مات الأب أو افتقر وعجز عن الكسب انتقل واجب الانفاق إلى من يليه .

وإذا اجتمع للفقير أصول وفروع موسرين ، فإذا كان فيهم ابن للفقير فالنفقة عليه وحده ولا شيء على غيره حتى أب الفقير ، وتعليل ذلك أن الأب له حق وشبهة ملك في مال ابنه لقوله ﷺ "أنت ومالك لأبيك".

وإذا لم يكن فيهم ابن فالنفقة على أقربهم درجة وإن لم يكن وارثاً ، فإذا تعددوا وتساووا في الدرجة كانت النفقة على الوارثين منهم كل بقدر نصيبه في الميراث .

القسم **الثالث : نفقة غير الأصول والفروع :**

ويراد بها عند الأحناف نفقة ذوى الرحم المحرم من الحواشي وهم الأخوة والأخوات وأولادهم ، والأعمام والعمات ، والأخوال والخالات ، فمن كان رحما غير محرم كأولاد العم أو العمة وأولاد الخال أو الخالة فلا نفقة لهم حتى ولو كانوا وارثين ومن كان محرما من غير رحم كالأخ من الرضاع أيضاً فلا تجب له نفقة على قريبه .

والنفقة في هذه الحالة يشترط فيها أن يكون المنفق عليه معسراً عاجزاً عن الكسب ، وأن يكون موافقاً للمنفق في الدين ، كما يشترط في المنفق أن يكون موسراً ، ولا يكفي هنا مجرد قدرته على الكسب ، ولا تثبت النفقة في هذه الحالة إلا بحكم من القاضي رفعاً للخلاف وحسماً للنزاع ، ولا تعتبر النفقة ديناً في ذمة قريبه المنفق إلى من حيث القضاء ، ومع هذا يسقط منها ما مضى عليه شهر ، لأنها واجبة للحاجة ، أما نفقة ما دون الشهر فإنها تبقى رفقاً بالفقير ، وتمكيناً له من المطالبة ، واستثنى بعض مشايخ المذهب الحنفي نفقة الصغير فجعلوها كنفقة المرأة لا يسقط ما مضى عليه شهر ، وتسقط كلها بالموت ، وهو ما عليه القضاء المصرى الآن .

وإذا استدينت نفقة الصغير بإذن القاضي كان ديناً صحيحاً ، لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء مهما تقادم الزمن وطالت المدة .

القسم الرابع : النفقة عند اجتماع الأصول والحواشي :

فإذا كان للفقير أقارب أغنياء من الأصول والحواشي ، كانت نفقته عليهم جميعاً إذا كانوا وارثين ، وتقسم النفقة عليهم قسمة غرماء ، وإذا كان في أحد النوعين من ليس بوارث فهي على الأصول وحدهم ، وإذا تعدد الأصول عند اجتماعهم بالحواشي روعي فيهم ما سبق عند تعدد الأصول .

القسم الخامس : النفقة عند اجتماع الفروع والحواشي :

إذا اجتمع الفروع مع الحواشي فالنفقة على الفروع ، ولا شيء على الحواشي ولو كانوا وارثين بإعتبار للجزئية للأصل غير الأب ، ولشبهة ملك الأب في مال أولاده . فلو كان له بنت وأخ شقيق ، فالنفقة على البنت ، ولا شيء على الأخ وإن كان وارثاً .

القسم السادس : النفقة عند اجتماع الأصول والفروع والحواشي :

عند اجتماع هذه الأصناف الثلاثة تسقط الحواشي بالفروع ، وتكون النفقة على الفروع والأصول على النحو الذي أشرنا إليه عند اجتماعهما .

القسم السابع : النفقة على الغائب :

لا نفقة على الغائب الذي لا مال له ، فإذا كان غائباً وله مال حاضر فلا يستحق النفقة في ماله سوى ثلاثة ، الأبوان إذا كانا فقيرين ، والأولاد المستحقين للنفقة لصغر أو عجز ، والزوجة ، ويأمر القاضي هؤلاء الثلاثة بالإنفاق من مال الغائب ، وأمر القاضي بالنسبة لهم إرشاد وفتوى ، ولا تفرض لغير الأصول والفروع نفقة في حال الغائب لأن طريقها القضاء ، ولا يصح القضاء على الغائب ، والغياب هنا ينقل واجب نفقة الأقارب في غير الأصول والفروع على التالي على الغائب من الأقارب الحاضرين .

فإذا كان المال الحاضر من جنس النفقة قضى القاضي لهم بالنفقة فيه متى كان النسب معروفاً أو علم القاضي به ، ولا يمكن أحدهم من اثبات النسب عند القاضي بالبينة لأن في ذلك قضاء على الغائب من غير حضور

خصم عنه ، وإذا كان للغائب مال من غير جنس النفقة فلا يبيعه القاضى ولا أحد من أقاربه إلا الأب ، فله أن يبيع مال ابنه المحجور عليه عقاراً كان أو منقولاً لنفقته ونفقة والدة الولد وزوجة الأب ونفقة أولاد الغائب ، وليس له أن يبيعه فى دين له غير النفقة ولا أن يبيع أكثر من مقدار النفقة .

أما الولد الرشيد الغائب فإن الأب يبيع من عروضه ما يحتاج إليه فى هذه النفقة ، وليس له أن يبيع العقار لأن العروض مما يخاف عليه من الهلاك، ومتى باع ما يجوز بيعه أصبح من جنس النفقة فيصرف منه ما يحتاجه .

القسم الثامن : نفقة الأولاد فى القانون :

أضاف المشرع بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بعض أحكام جديدة على المعمول به فى ظل القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والجديد جاءت به المادة ١٨ مكرر ثانياً والتى تنص على أنه " إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه ، وتستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى أن تتزوج البنت أو تكسب ما يكفى نفقتها ، وإلى أن يتم الابن الخامسة عشرة من عمره قادراً على الكسب المناسب ، فإن أتمها عاجزاً عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية أو بسبب طلب العلم الملائم لأمثاله ولاستعداده أو بسبب عدم تيسر هذا الكسب استمرت نفقته على أبيه ، ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن الملائم لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش فى المستوى اللائق بأمثالهم ، وتستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ امتناعه عن الإنفاق عليهم "

ولا شك أن هذا النص عالج بعض المشاكل الحقيقية ، خاصة ما يتعلق بإستحقاق النفقة من تاريخ امتناع الأب عن الانفاق ، وكان على المشرع أن يراعى فى سن الابن التى متى بلغها كان قادراً على الكسب متى توافرت القدرة الحقيقية ، كان عليه مراعاة القوانين الأخرى ، مثل قوانين العمل والتأمينات الإجتماعية ، بل والنظر فى هذه المادة فى ضوء قانون

حقوق الطفل الذى صدر أخيرا ، وليس ذلك من باب تحكيم التشريع الوضعى فالشريعة الإسلامية ، فالأصل أن جميع القوانين المصرية ينبغى ألا تتعارض مع الشريعة الإسلامية بنص الدستور ، وإلا تعرضت للقضاء بعدم دستوريتها، وانما المقصودبذلك العمل على تناسق وتكامل النصوص التشريعى فى نظام قانونى واحد .

وعند تفسير هذا النص ينبغى التأكيد على أن العلم الذى يوجب إستمرار النفقة هو العلم المشروع وفقاً للشريعة الإسلامية ، فليس من بينه تعليم الفتيات الرقص ، أو التمثيل وما أشبه ذلك . لأن المشروعية هنا لا تستمد من غير النصوص المتعلقة بالشريعة الإسلامية .

المطلب الثانى

ترتيب الأقارب فى وجوب النفقة

١ - ترتيب الأقارب فى وجوب النفقة :

لا خلاف بين الفقهاء في أنه إذا كان الموجود من الأقارب واحدا فالنفقة عليه متى كان مستوفياً للشروط .

ويثور التساؤل حول الترتيب عند وجود أكثر من واحد ممن يمكن وجوب النفقة عليهم .

لا يوجد فى الفقه الحنفى المتقدم قاعدة فى هذا الصدد ، وقد لفت ذلك نظر "ابن عابدين" فوجه نقده للمتقدمين ، وأفرد للموضوع كله دراسة خاصة أهم ما فيها محاولة العثور على ضابط جامع .

وقد فصل بعض الشيوخ المتقدمين [١] فى مدرسة الحقوق الملكية ترتيب الأقارب فى وجوب النفقة وجاءت عنده على ثمانى حالات .

الحالة الأولى : إذا كان الأقارب كلهم فروعاً ، فالمعتبر فى هذه الحالة قرب الجزئية ولا عبرة للإرث ، ولا للذكورة والأنوثة ، ولا للإسلام وغيره ، فإذا كان له ولد وبنت فهما متساويان على كل منهما النصف ، ولو كانا غير مسلمين أو كان أحدهما مسلماً والآخر غير مسلم ، وإذا كانت عنده بنت وابن ابن فالنفقة على البنت فقط لقربها فى الدرجة ، ويؤخذ من هذا أن لا ترجيح لابن ابن على بنت بنت لاستوائهما قرباً وجزئية .

---

١ - عبد الحكيم محمد : حقوق الأسرة ط١ سنة ١٩١٤ ص٢٣٨ وما بعدها

الحالة الثانية : إذا كانوا فروعاً وحواشى كانت النفقة على الفروع باعتبار الجزئية وتسقط الحواشى .

فلو كان له بنت وأخت شقيقة ، فالنفقة على البنت لأنها جزء ولأنها أقرب ولو أنها معا الأخت والبنت وارثان ، وإن كان لـه ابن غير مسلم وأخ مسلم فالنفقة على الابن وإن كان لا يرث . وهذا على افتراض اسلام الأب دون الابن ، أما الابن المولود لاب مسلم فلا يقر خروجه من الإسلام .

الحالة الثالثة : إذا كانوا فروعاً وأصولاً كانت النفقة على الأقرب جزئية فإن تساووا فى الجزئية اعتبر الترجيح ، فإن لم يوجد مرجح فالمعتبر الإرث .

فلو كان له أب وابن فالنفقة على الأب لقربه ، ولو كان لـه أب وابن ترجح الابن لتساويهما فى القرب ورجحان الابن بقوله ﷺ أنت ومالك لأبيك ، ولو كان له جد وابن ابن فعليهما النفقة على قدر الميراث .

الحالة الرابعة : إذا كانوا فروعاً وأصولاً وحواشى ، تسقط الحواشى بالفروع بإعتبار الجزئية ، ويبقى الأصول والفروع فنعود إلى الحالة السابقة .

الحالة الخامسة : إذا كانوا أصولاً فقط فإن كان الأب فيهم فعليه النفقة وحده لأنه لا يشارك الأب فى نفقة أولاده أحد ، وإن لم يكن فيهم أب ، فإن كان بعضهم وارثاً وبعضهم غير وارث يترجح الأقرب ، فلو له أم وجد لأم فالنفقة على الأم لأنها أقرب ، فإن تساووا ترجح الوارث ، فإن كان له جد لأب وجد لأم فالنفقة على الجد لأب لأنه الوارث ، وإن كان كلهم وارثاً فالنفقة عليهم حسب مواريثهم على الراجح فى مذهب الأحناف .

الحالة السادسة : إذا كانوا أصولاً وحواشى : فإن كان بعضهم وارثاً وبعضهم غير وارث ترجح الأصول ولو كانوا غير وارثين ، فلو له جد لأب وأخ شقيق فالنفقة على الجد ، ولو له جد لأم وعم فعلى الجد ولو أنه غير وارث ترجيحاً للجزئية .

وإن كان كلهم وارثاً فالنفقة حسب الميراث كأم وأخ شقيق أو لأب أو ابن اخ فالنفقة عليها أثلاثاً ثلث على الأم وعلى الأخ أو ابن الأخ الثلثان .

ثم إذا تعددت الأصول اعتبر فيهم ما فى القسم الخامس ، فلو له جد لأب ، وجد لأم ، وأخ شقيق ، فالنفقة على الجد لأب لترجحه بالإرث على الجد لأم ، وترجحه بالجزئية على الأخ الشقيق . ولو كان له جد لأم ، وأم ، وعم ، فالنفقة على الأم والعم لأنهما وارثان ، ولا نفقة على الجد لأم لترجح الأم عليه بالقرب .

الحالة السابعة : إذا كانوا كلهم من الحواشى فلابد أولاً أن يكون المنفق ذا رحم محرم كما مر ، وعند الاستواء فى المحرمية يترجح الوارث ، فلو له خال وابن عم فالنفقة على الخال لأنه المحرم ، ولو له عم وخال فالنفقة على العم لأنه الوارث ، ولو له عم وعمة وخالة فالنفقة على العم أيضاً لأنه الوارث .

الحالة الثامنة : إذا لم يكن للمرء قريب يعوله لا أصل ولا فرع ولا حاشية ، وكان فقيراً عاجزاً كالشيخ الفانى والمريضة فنفقته على بيت مال المسلمين أو خزانة الدولة الآن لأنها وارث من لا وارث له وذلك بناء على قاعدة الغنم بالغرم .

وهذا الترتيب إذا كان كل الواجب عليهم النفقة موسرين ، فإذا كان منهم الموسر ومنهم المعسر ، انتقل الوجوب بين المعسر إلى الموسر على القاعدة التالية :

كل من كان يحوز جميع الميراث يجعل كالميت إذا كان معسراً . وتكون النفقة على الباقين بقدر مواريثهم ، وكل من كان يحوز بعض الميراث لا يجعل ميتاً إذا أعسر فتكون النفقة على قدر مواريث من يرث معه ، فيعتبر الموسر موجوداً لمعرفة ما يجب على الموسرين ، ثم تكون النفقة على

الموسرين فقط باعتبار ذلك ، ولا يعتبر الأب المعسر ميتاً إلا إذا كان غير قادر على الكسب ، فلو له عم وعمة وخالة فالنفقة على العم ، فلو كان العم معسراً اعتبر العم ميتاً لأنه يحوز كل الميراث ، وانتقلت النفقة إلى العمة والخالة أثلاثاً كإرثهما . ولو له أم وأخت شقيقة موسرتان ، وأخت لأب وأخت لأم معسرتان فالنفقة على الأم الربع والباقى على الشقيقة ولا شيء على غيرهما ، ولا يجعل المعسر كالمعدوم لأنه يجوز بعض التركة . ولو كان رجل معسر مريض وله ابن صغير فقير وله أخ شقيق وأخ لأب وأخ لأم فنفقة الرجل على أخيه الشقيق خمسة أسداس ، وعلى أخيه لأم السدس كالميراث ، ولا شيء على الأخ لأب ، أما نفقة الولد فعلى عمه الشقيق ، لأن الأب يعتبر كالمعدوم وهو يحوز كل الميراث فالنفقة على الوارث وهو العم الشقيق فقط .

٢ - تقدير نفقة الأقارب :

تقدر نفقة القريب المحتاج بما يكفيه من مأكل ومشرب وملبس ومسكن، ومن اجرة رضاع وحضانة بالنسبة للصغير ، وأجرة خادمة إذا كان لا يستغنى عن ذلك وكان المنفق موسراً ، ولا تجب النفقة لامرأة القريب، يستثنى من ذلك الأب فتجب على الابن نفقتها إذا كان الأب فى حاجة مادية إليها لعلة جسدية أو نفسية على الرأى الراجح عند الأحناف ، ولا تجب النفقة لزوجة الجد لأنه ليس أباً على الحقيقة .

٣- جزاء الامتناع عن النفقة :

النفقة الخاصة بالأقارب بعد وجوبها قضاء لا تسقط إلا بأداء أو إبراء، فإذا امتنع المحكوم عليه بها مع ثبوت شروطها من قدرة ويسار ، يحبس حتى يؤديها ، ويحبس الأب - كما سبق وأشرنا - فى دين النفقة إحياء للنفس وحماية لها من الهلاك .

وقبل إلغاء المحاكم الشرعية ...

للمصريين المسلمين إعمالاً لحكم المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وبعد توحيد القضاء وإلغاء الدينى بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بقى القليل من أحكام اللائحة . ومما لم يشمله الالغاء نص المادة ٣٤٧ التى أصبح حكمها ينطبق على المصريين جميعاً مسلمين وغير مسلمين بالشروط الآتية :

الشرط الأول : أن يصدر باالنفقة حكم قضائى ، فالإمتناع عن تنفيذ نفقة تم بالتراضى لا يستوجب الحبس فى هذه المادة أو يرتبه ، والمقصود بالحكم هنا الحكم النهائى وهو الذى يقبل الطعن عليه بطرق الطعن العادية .

الشرط الثانى : امتناع المحكوم عليه عن تنفيذ حكم النفقة شريطة أن يكون امتناعه بغير عذر فلا حبس على المدين بالنفقة المعسر بل ينظر إلى ميسرة . كما لا تقبل دعوى الحبس على المحكوم عليه بالنفقة إذا كان ناقص الأهلية أوناقصها .

الشرط الثالث : أن تأمره المحكمة بالأداء قبل الحكم بحبسه ويمتنع عن ذلك ، وذلك بتوجيه هذا الأمر إليه إذ كان حاضراً بالجلسة ، وإن غائباً وجب إعلان أمر الأداء إليه بمعرفة طالب الحبس بطرق الاعلان المقررة فى اللائحة وقانون المرافعات ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس المحكوم بها عن ثلاثين يوماً ، وينتهى الحبس بانتهاء مدته ، أو سداد النفقة ، أو تقديم كفيل مقتدر مقبول من المحكمة وصاحب الحق فى النفقة ، أو إلغاء حكم النفقة ، أو اسقاطها بحكم آخر ، أو الإبراء منها مما ثبتت له .

٤- الفرق بين النفقات :

النفقات على نوعين :

النوع الأول : نفقة الأقارب : وتستوعب نفقة ذوى الرحم المحرم ، ونفقة القرابة بالولادة .

فنفقة القرابة لذى الرحم المحرم يشترط فيها يسار المنفق ، واتحاد الدين ، وقضاء القاضى ، ولا يشترط شيء من هذا من نفقة الأقارب بالولادة

النوع الثانى : نفقة الزوجات :

أما نفقة الزوجة والتى لا بد لها من عقد وتمكين فإنها تختلف عن نفقة الأقارب فى عدة أمور :

الأمر الأول : للزوجة مطالبة الزوج بما يمضى من النفقة المفروضة لأنها تصير ديناً فى الذمة بنص الشارع فلا تسقط بمضى المدة وإن كان القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ لا يعطى للزوجة حق المطالبة بنفقة متجمدة تزيد عن سنة منعاً لتعنت الزوجة ودفعاً لإرهاق الزوج .

أما نفقة الأقارب فلا تصير ديناً فى الذمة ولا بقضاء القاضى اللهم إلا نفقة الصغير فإنها تماثل نفقة الزوجة أمام القضاء المصرى .

الأمر الثانى : نفقة الزوجة تجب لها ولو موسرة ، أما نفقة الأقارب فلا تجب إلا عند الحاجة .

وأساس هذه الفروق أن نفقة الزوجة أثر من آثار العقد وحق من حقوقها المالية تثبت بمقتضاه إلا إذا لم يحدث تمكين أو صدر من المرأة نشوز. أما أساس النفقة بين الأقارب فهى الحاجة والضرورة التى ينبغى أن تقدر بقدرها.

الفصل الرابع

أحكام مختارة

من قضاء الأحوال الشخصية

متى كان هدف القاضى تحقيق العدالة الإجتماعية فى خشية من الله وتقواه فهو واصل إلى الحق لا محالة وكثيراً ما يكون القانون غامضاً أو مبهماً والقاضى بتفكيره ورويته وحرصه على الحق ببحثه القضائى يزيل ذلك الغموض وهذا الإبهام ويتجه بالقانون وجهة تحقق العدل وإعطاء الحقوق لأربابها وأن جميع التشريعات على اختلاف مصادرها إنما وضعت لخير البشر والمصلحة الإنسانية فإذا قصر تشريع منها فى تحقيق هذا الغرض كان على القاضى أن يعمد إلى قواعد العدل والإنصاف ليصل إلى الحق ويكون حينئذ عمله هذا مكملاً للقانون .

وسنعرض عليكم دراسات واختيارات لبعض تلك القضايا لأنواع متعددة فى درجات من التقاضى مختلفة .

المبحث الأول

القضايـــا الجزئية

الحكـــم الأول :

تقدير النفقة الواجبة للآباء على الأبناء .

المنصوص عليه فى فقه الحنفية أنه إذا كان للفقير أبنان أحدهما فائق اليسار والآخر يملك نصاباً كانت النفقة عليهما بالتسوية .

هذه المسألة قد عرضت فى حكم لمحكمة بنى سويف الجزئية الشرعية فاستعرضت فيها النصوص الواردة فيها واستخلصت المبدأ الآتى :

المبدأ :

تفاوت أولاد المطلوب فى فرض النفقة عليهم في اليسار تفاوتاً كبيراً يقتضي هذا التفاوت المراعاة فيما يحكم به من النفقة كل بنسبة يساره .

الحكم :

بالجلسة الجزئية المنعقدة علناً بمحكمة بني سويف الشرعية في يوم الأربعاء ٢٥ شوال سنة ١٣٥٣ (٣٠ يناير سنة ١٩٣٥) لدى أنا مجاهد الدولتلي القاضي بها وبحضور الشيخ عبد الجواد عثمان كاتب الجلسة - صدر الحكم الآتي في القضية الجزئية رقم ٤٣/٣٥/٤٣٩ المرفوعة من تتبرية أبو الحسن محمد من كوم الحصاد ضد عبد الرحمن محمد على مهنا وعلى أفندى سليمان من المنصور بطلب نفقة .

الوقائع :

ادعت أنها والداتهما وطلبت نفقة لها عليهما وصادقا على أنها أمهما وعلى أنها فقيرة وقال المدعى عليه الثانى أنه يمتلك نحو ثلاثة وثلاثين فداناً

سوى مرتبه وقدره إثنا عشرة جنيهـا وأنـه يؤجر أطيانـه هذه لأخيـه المدعـى عليه الأول الذى قال إنه فقير وأحضرت هى شاهدين استكشفت المحكمة عن حال المدعى عليهما وفوضت الرأى للمحكمة فى تقدير ما تراه .

المحكمة :

بما أنه تبين من أقوال المدعى عليهما ومن الشـهود أن المدعـى عليـه الثانى يملك أكثر من ثلاثة وثلاثون فداناً ولـه راتـب شـهرى قدره اثنـا عشر جنيهاً وأن المدعـى عليـه الأول لا يمتلـك شيئاً سـوى بعض المواشـى ولكنـه يستأجر أكثر من خمسة وثلاثين فداناً يزرعها لحسابه .

وبما أنهما كانا موسرين من حيث وجوب النفقة عليهما لأمهما الفقـيرة فإن بينهما تفاوتاً كبيراً فى اليسـار فأحدهمـا يملـك ملكـاً تامـاً قـدر مـا يستأجر الآخر فضلاً عن مرتبه الشهرى .

وبما أن المنصوص عليـه شـرعاً أنـه إذا كـان للفقير ابنـان موسـران فنفقته عليهما بالسـوية وبمـا أن هـذا ظـاهر فيمـا إذا كـان التفـاوت بينهمـا فـى اليسار يسيراً . أما لو كان فاحشاً فليس من المعقول أن يتساويا فى النفقـة وقد جاء فى فتاوى الأنقروى فـى بـاب النفقـة مـا يـأتى : " فـإن كـان للفقير ابنـان أحدهما فائق فى الغنى والأخر يملك نصاباً كانت النفقة عليهما بالسوية وكذلـك إذا كان أحد الابنين مسلماً والآخر ذمياً كانت النفقة عليهما على السوية " نقـلاً عن قاضيان وجاء بالهامش منها عند ذلك ما يأتى :

" ونقل عن الحلوانى أنه قال : قال مشايخنا : هذا إذا كان التفاوت فـى اليسار تفاوتاً يسيراً أما إذا تفاوتا فيه تفاوتاً فاحشاً فينبغـى أن يتفاوتـا فـى قـدر النفقة " كذا الذخيرة . وهذا النقل هو ما يقتضيه العقل ومـن غـير المعقـول أن تكون نفقة الوالد الفقير بالسـوية وأحدهمـا بمرتـب مائـة جنيـه والآخـر بعشـرة جنيهات .

وبما أن الواجب فى الاقارب هو نفقة الكفاية ، غير أننا نرى أن هذه الكفاية تختلف باختلاف حال الواجب عليهم الفقه وأوساطهم ومالهم فى المجتمع من مركز ويسار .

لهـذا

فرضنا للمدعية على المدعى عليهما فى كل شهر مائتين وخمسين قرشاً لنفقتها وكسوتها .

على المدعى عليه الثانى على أفندى سليمان من ذلك مائتان والباقى وقدره خمسون قرشاً على المدعى عليه عبد الرحمن محمد على وأمرنا كلاً منهما بأن يؤدى للمدعية ما يخصه فى مواعيده من اليوم وأذناها بالاستدانة عليهما عند الحاجة وألزمنا المدعى عليهما بمصاريف هذه الدعوى وخمسين قرشاً أتعاب محاماة حضورياً .

الحكم الثانى

طلبت الزوجة الطلاق من زوجها الذى أغراها زمناً على الدعارة

المبدأ

المراد بالمعاشرة فى المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ هى المعاشرة الصحيحة السليمة التى أرادها الله من الزواج فإذا أكره الزوج زوجته على الدعارة والعبث بشرفها وعرضها زمناً ثم تابت توبة نصوحاً وطلبت طلاقها منه حتى لا يردها عن توبتها بما له عليها من هيبة وسلطان أجيبت إلى طلبها لأن المعاشرة التى بينهما على خلاف الشرع وعلى نقيض تلك المادة .

الحكم

بالجلسة الجزئية المنعقدة علناً بمحكمة السيدة الشرعية في يوم الخميس ٢ شعبان سنة ١٣ الموافق ١٧ أكتوبر سنة ١٩٣٧ لدى أنا مجاهد الدولتلي القاضي بها وبحضور حلمي يس كاتب الجلسة صدر الحكم الآتي في القضية الجزئية رقم ١٦٤٨ سنة ١٩٣٦- ١٩٣٧ المرفوعة من أنيسة محمد حسين ضد زكي محمد حسن بطلب تطليق للضرر .

الوقائع

ادعت المدعية أنها زوجة للمدعى عليه ودخل بها وعاشرها وأن سيره غير حميد وأنه يحرضها على الفجور وغشيان المواخير وبيوت الدعارة السرية وأكرهها على الحضور في الأماكن الموبوءة وأنها ذهبت فعلاً إلى تلك الأماكن واشتغلت فيها وأنها قد سئمت تلك المعيشة ، وتابت توبة نصوحاً وتريد عيشة الشرف وأنها الآن مستقيمة وشريفة لأنها بعيدة عن المدعى عليه ولا تجد أحد يكرها على ذلك من يوم أن تركته إلى آخر ما جاء بدعواها وطلبت الحكم لها عليه بطلاقها منه طلاقاً بائناً والمدعى عليه صادق على أنها زوجته وأنه عاشرها معاشرة الأزواج وأنكر ما عدا ذلك من الدعوى وقال إنه لم يقبض عليها في محلات الفجور ولا بيوت الدعارة ولم يعمل لها محاضر بذلك .

وقدمت المدعية رخصة مذكور بها أن إقامتها بشارع دوبريه رقم ١٧ بحارة قسم الأزبكية وعليها صورتها كما قدمت صورة حكم محكمة الأزبكية الأهلية دلت على أنه حكم بتغريمها عشرة قروش لأنها في يوم ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ بدائرة قسم الأزبكية حرضت المارة بالطريق العام على أعمال الفسق وأشارت وإنها حينما كانت تسير في الطرقات لصيد المارة كان المدعى عليه يجلس في مقهى ينتظرها فيه وكان يضربها على ذلك ويتقاضى منها نقوداً

وأنه قد فتح محلات سرية وأنه هو الذى هوى بها إلى الفسق والحضيض وأدخلها منازل الفجور وأنه كان له شأن فى قضية تحقيق الشخصية وورد إسمه فيها وأنها شهدت عليه وبقى خمسة أشهر تحت التحقيق وقدمت عدداً من جريدة الأهرام تاريخه ٤ مايو سنة ١٩٣٤ وذكر به أنه من جملة المتهمين فى حادث تحقيق الشخصية زكى حسن محمد حسن الشهير بزكى الحرامى وقالت إنه أنذر جملة مرات للتشرد وقد ضبط كثيراً معداً بيوتاً للدعارة السرية .

وقد تحرت المحكمة عن حال الطرفين من قسم الأزبكية ومن إدارة الأمن العام وقد تضمن كتاب قسم الأزبكية أن أنيسة محمد حسين زوجة زكى الحرامى كانت تدير عدة منازل للدعارة السرية وضبطت مراراً وزوجها يعلم ذلك حيث إنه كان شريكاً لها ويتعيش من ذلك وسمعت المحكمة شهوداً وناقشت الطرفين بما هو مدون بالمحضر .

المحكمة

بما أنه تبين من أقوال الطرفين وأوراق القضية ومن كتابى التحرى أن المتداعين قد انحطا فى معيشتهم إلى الدرك الأسفل من الرذيلة وانحدر فى حياتهما الزوجية إلى أسوأ السبل وأحط الأخلاق مما تنبو عنه الفضيلة ويقشعر منه الإنسان ولو اقتصر ضرر تلك الحياة السافلة عليها لهان الأمر وصغر الخطب ولكنها الرذيلة أصابت غيرهما وتعدت بشررها إلى أمثالها لسعايتهما وإغرائهما فقد تبين من التحرى الذى أجرته المحكمة أن المدعى عليه "بلطجى" وقد حكم عليه فى قضية سرقة ويتردد على المنازل السرية ويدير منزلاً للدعارة مع زوجته ولا صناعة له ويتعيش من زوجته التى تحترف البغاء السرى وتقضى أوقاتها كلها فى إغراء المارة للمنازل السرية أو فى لعب القمار وأن زوجته كانت تدير عدة منازل للدعارة السرية وزوجها يعلم ذلك وكان شريكاً لها ويتعيش من هذا .

فزوجان هذه حالتهما وذلك ما آل إليه أمرهما فى الحياة لا ينبغى بحال أن يقرا على ذلك وإلا كان هذا إقراراً للضلال فى أكبر مظاهرة وللفساد فى أحط درجاته ولا يسع هذه المحكمة إلا أن تفصم عرى تعاونهما على هذا الضلال وإفساد الأخلاق متى وجدت إلى ذلك سبيلاً .

فأما الزوجة فقد أعلنت أمام المحكمة توبتها من هذه الحياة الدنيئة الوبيلة واعترفت بخطيئتها وما كانت فيه من آثام ورذيلة وتمنت أن تحيا حياة العفة والفضيلة .

وأما الزوج فقد أصر على موقفه وعناده رغم الأدلة المثبتة لانغماسه فى حياة الموبقات ووقوعه فى أبشع أنواع الضلال مما ينبئ بأن نفسه لا تزال فى غوايتها ولا يستطيع كبح جماحها ولم تشعر بالندم أو الأسف من تلك الحالة الوضعية فبينه وبين زوجته فرق شاسع فليس من اعترف بالذنب وندم له كمن استمرأ الآثام واستخصب الضلال .

وما كان لهذه الزوجة النادمة المستغفرة وهذا حال زوجها الذى يصر على عناده وضلاله أن تحسن توبتها وتقلع عن هذا السبيل المعوج مع بقاء ذلك الرباط الذى يجمعهما رباط الزوجية لما للزوج على زوجته من الهيمنة والقهر والسلطان وهى بحكم طبيعتها ضعيفة الإرادة سهلة القياد والرجل من زوجته بحكم مركزه فى الحياة قائدها ورائدها فإن شاء قادها إلى الفضيلة وكانت الحسنى وإن شاء هوى بها إلى الرذيلة وكانت الأخرى .

وبما أن المحكمة ترى لهذا أن ينفصم هذا الرباط الذى يحول دون توبة المدعية من حياة الرذيلة إلى حياة الشرف والعفة والفضيلة وذلك بطلاقها من المدعى عليه والقول بأنها لما عاشت معه هذه المدة الطويلة بتلك المعيشة السيئة تكون راضية بها ومن ثم لا تجاب إلى طلبها.

الطلاق : لا يلتفت إليه لأن هذه المعيشة لا يقرها شرع ولا قانون وليس من الصواب فى شيء أن تأتى الزوجة تائبة مستصرخة مستنجدة لتنتشل من هذه

الحياة ثم ترد ولا يلتفت إلى توبتها وظاهر أن المعاشرة التى أراد الشارع أن تدوم بين الزوجين فى المادة رقم "٦" من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ إنما هى المعشرة الصحيحة المشروعة والتى أرادها الله سبحانه وتعالى من الزواج وهى التى تبنى عليها الأسر التى تتكون منها الجماعات الصالحة للبقاء لا تلك المعاشرة الشاذة التى تهدم الأسر وتجعل منها معاول لهدم المجتمع والذى يجب مقاومتها والعمل على تطهير الجماعات منها حرصاً على بقاء المجتمع فى شرف وكرامة .

لهــذا

طلقنا المدعية من المدعى عليه طلاقاً حضورياً .

الحكــم الثالث

المبدأ

لا يلزم الأب بمصاريف تعليم ابنته البالغة بالمدارس الأجنبية ، ولا ينبغى أن تكرهه المحكمة على توجيه ابنته هذه توجيهاً لا حاجة إليه ولا يتمشى مع القومية المصرية والثقافة الإسلامية .

محكمة السيدة الشرعية

حكم

بالجلسة الجزئية المنعقدة علناً بمحكمة السيدة الشرعية فى يوم الخميس ٢٤ محرم سنة ١٣٦٠ الموافق ١٩٤١/٢/٢٠ لدى أنا مجاهد الدولتلى القاضى بها .

وبحضور الشيخ حميده كامل كاتب الجلسة .

صدر الحكم الآتى

فى القضية الجزئية رقم ١٩٤١/٤٠/٩٩٨ .

المرفوعة من فوزية إبراهيم عبادى .

ضـد

إبراهيم عبادى بطلب مصاريف مدرسيه كبيرة .

الوقائع

ادعت المدعية أنها ابنة للمدعى عليه وأنها تلميذة تتعلم بمدرسة سان فنسان دى بول بالحلمية الجديدة بمصاريف شهرية قدرها ثمانون قرشاً وطلبت الحكم لها على والدها المدعى عليه بأن يؤدى إليها مصاريف تعليم هذه المدرسة لتتم تعليمها ولما ذكرته بالدعوى ووكيل المدعى عليه صادق على أن المدعية بنت موكله وقال أن سنها يزيد على ١٥ سنه وأن والدها يرى أن تعلمها فى هذه المدرسة ليس من مصلحتها كمسلمة متدينة وأبوها مسلم متدين وطلب رفض الدعوى .

المحكمة :

من حيث أن المدعية ادعت هذه الدعوى .

ومن حيث أن المحكمة لا ترى ضرورة لتعليم هذه الفتاة بتلك المدرسة الأجنبية فى التقاليد والتهذيب والتدين ولا تتفق تعاليمها وما ينبغى أن تنشأ عليه مثل هذه الفتاة المسلمة التى نسلت من أبوين شرقيين مسلمين وترى المحكمة أن فى المدارس المصرية القومية ما يتسع لتثقيف هذه الفتاة وتهذيبها وتنشئتها تنشئة صحيحة طيبة تكفى لأن تؤهلها لتأدية رسالتها فى الحياة على أكمل وجه وأتمه من غير خروج على تقاليد البيئة المصرية والثقافة القومية .

ومن حيث ان هذه المدعية قد بلغت مبلغ النساء وأصبحت تخاصم بنفسها فترى المحكمة أن رغبة والدها حينئذ جديرة بالنظر والاعتبار فله أن يوجهها التوجيه السليم وأن يعدها لتكون أما رشيدة وربة منزل حكيمة ولا يمكن أن تكرهه المحكمة على توجيه آخر لا حاجة إليه ولا يتلاءم مع القومية المصرية والثقافة الإسلامية وقد جرت المحكمة على هذا المبدأ وأيدتها فيه دوائر الاستئناف يتعين لكل هذا رفض هذه الدعوى .

لهذا

قررنا رفض الدعوى حضورياً .

الحكـــم الرابع :

المبادئ :

١- إذا طلق الزوج زوجته بإشهاد رسمى فلا يقبل منه بعد ذلك ادعاؤه ان زواجه الرسمى بتلك الزوجة كان احتيالا وبطريق الإغراء وأنه زواج باطل لأن طلاقه لها يعتبر إقرارا" لهذا الزواج .

٢- تثبت الخلوة الصحيحة بين الزوجين بالقرائن خصوصا" فى هذا الزمان فلا يقبل إنكارها بين زوجين تحابا قبل الزواج .

٣- يعتبر الولد الكبير موسرا" بيسار أبيه فى المهر دون النفقة .

محكمة السيدة الجزئية الشرعية .

حكم :

الجلسة الجزئية المنعقدة علنا" بمحكمة السيدة الشرعية فى يوم الخميس ٣٠ شوال سنة ١٣٥٧-١٩٣٧/١٢/٢٢ لدى أنا مجاهد الدولتلى القاضى بها وبحضور الشيخ عبد الله سليمان كاتب الجلسة .

صدر الحكم الآتى :

فى القضية الجزئية رقم ٢٨٠٨ سنة ٩٣٧-٩٣٨ ، المرفوعة من الست درية محمود ثابت .

ضد

جلال الدين أفندى نجل حضرة صاحب السعادة حسن باشا فهمى رفعت وكيل وزارة الداخلية ، بشأن نفقة زوجية .

الوقائع :

ادعت المدعية أنها كانت زوجة للمدعى عليه تزوجها فى ١٩٣٧/١٠/١٠ ثم طلقها رسميا" فى ١٩٣٨/٧/٣١ بعد أن اختلى بها خلوة صحيحة جملة مرات وأنه تركها بلا نفقة ولا منفق بلا حق من تاريخ الزواج المذكور وطلبت فرض نفقة لها عليه بجميع أنواعها من تاريخ عقد زواجهما المذكور بالمقادير الواردة بالدعوى على أن تكون نفقة عدة من تاريخ الطلاق مع إلزامه بالمصاريف وأتعاب المحاماة .

وكيل المدعى عليه قدم ورقة بإجابته تضمنت الاعتراف بسبق الزوجة والطلاق قبل الدخول والخلوة وأنكر ما عدا ذلك ودفع الدعوى بالاتفاق عليها لغاية تاريخ الطلاق وقال إن الطلاق كان قبل الدخول والخلوة فهو طلاق لا الى عدة فلا نفقة لها عليه من تاريخ الطلاق أيضا" وطلب رفض الدعوى فسألت المحكمة وكيل الدافع هل رأى موكلك المدعية ؟ ولمن كان يدفع النفقة ؟ إليها أو لغيرها ؟ فلم يجب فقررت المحكمة ضم الدفع للموضوع وهو الدفع بالإتفاق ، ثم تنازل الدافع أخيرا" عن الدفع ولم تمانع المدعية فى ذلك وتقرر قبول التنازل وكلفت المحكمة المدعية الإثبات فقدمت ثلاث صور فتوغرافية اثنتان منها قالت إنهما لها وللمدعى عليه فقط فى وضعين مختلفين والثالثة قالت إنها له ولها ولأخته هو شقيقته . وقدمت

بها جملة خطابات قالت أنها منه إليها

واحدهما منه إلى زوج أختها ثم قدمت أوراقا" أخرى وحافظة مؤرخة فى ١٩٣٨/١٢/١٨ قالت أنها تدل على يسار المدعى عليه ووالده ثم قررت أنها تستدل على يسار المدعى عليه نفسه بالمستندات من الحافظة الأخيرة وهو ملخص حجة الوقف الصادر من جد المدعى عليه لأمه فى ١٩٠٣/٧/٢٦ وقالت أن المدعى عليه يستحق فى هذا الوقف ربع فدانين وكسور ، ثم قدمت حكم هذه المحكمة فى ١٩٣٤/٢/٢١ فى القضية رقم ١٢٩ سنة ٩٣٣-٩٣٤ وحكم محكمة مصر الشرعية فى ١٩٣٤/٤/١٢ فى القضية رقم ١٠٧١ سنة ٩٣٣-٩٣٤ بتعديل الحكم السابق بزيادة المفروض به وقالت إن هذين الحكمين يدلان على أن الولد الكبير الذى فى حجر أبيه الموسر يعتبر موسرا" بيسار أبيه ، وأن والد المدعى عليه وكيل لوزارة الداخلية وأنه موسر بمرتبه وبأملاكه الأخرى وأحضرت شاهدين سمعت شهادتهما المدونة بالمحضر واستجوبت المحكمة الطرفين شخصياً على الوجه الوارد بالمحضر ، وقدم وكيل المدعى عليه مذكرة بملاحظاته على إثبات المدعيه من أوراق وشهود وبوجهة نظره فى اعتبار الولد الكبير موسراً بيسار أبيه أو عدم اعتباره كما قدم وكيل المدعية مذكرة بوجهة نظره فى ذلك .

المحكمة

الكلام فى هذه الدعوى يشتمل على جملة أمور :

١- ثبوت عقد الزواج بالوثيقة الرسمية وترتب أثره عليه .

٢- الدفع بالإنفاق .

٣- ثبوت عدم الإنفاق من تاريخ الزواج إلى تاريخ الطلاق .

٤- إنكار الخلوة الصحيحة .

٥- ثبوت الخلوة الصحيحة على الوجه الآتى .

٦- يسار المدعى عليه وأعساره .

٧- اعتبار المدعى عايه موسراً بيسار أبيه وعدم ذلك .

٨- منزلة المدعية والمدعى عليه ومنزلة كل أسرة واثر ذلك فى فرض النفقة .

الأمر الأول :

من حيث أن الزواج ثابت بوثيقة رسمية فمحاولة المدعى عليه نفسه أنكر هذا العقد على الوجه الوارد فى استجوابه بالصفحتين العاشرة والحادية عشرة محاولة لا يلتفت إليها خصوصا" أن إقدامه على تطليقها بوثيقة رسمية بعد ذلك دليل قاطع على حصول العقد على الوجه الشرعى ولو أنه حصل بطريق الإغرار والاحتيال كما أطنب في ذلك وكيل المدعى عليه لا يؤثر فيه ولا يمنع من ترتب أثره عليه شرعا" .

الأمر الثاني والثالث :

ومن حيث أن الدفع بالإنفاق قد تنازل عنه وكيل المدعى عليه حيثما أرادت المحكمة استجواب المدعى عليه شخصياً فى أمر هذا الدفع وقد تقرر قبول التنازل وأن المحكمة لتأخذ من ذلك التنازل فى مثل هذه قرينة قاطعة على أنه دفع حيلي وعلى أنه لم ينفق عليها فى هذه المدة خصوصا" أنه هو نفسه لم يدع الإنفاق فيها وأن زوجا" يقرر أنه لم يحصل بينه وبين زوجته أية خلوة مطلقا" فى أى مكان ولا فى أى زمان ولا يتصور العقل أنه أنفق عليها قبل الدخول والخلوة ولا يقبل منه الادعاء بذلك وإذاً فهى تستحق عليه من تاريخ العقد إلى تاريخ الطلاق ولا ريب فى ذلك الامر .

الأمر الرابع والخامس :

ومن حيث أن المدعى عليه ووكيله أنكر الخلوة وقالا أن الطلاق قبل الدخول والخلوة وقالت هى بل بعد الخلوة الصحيحة وقدمت لإثبات الخلوة الصحيحة ما سبق ذكره من أوراق وشهود .

ومن حيث أن الخطابات المقدمة من المدعية بالحافظة المؤرخة فى ٣١/١٠/١٩٣٨ وهى الخطابات المدعى صدورها من المدعى عليه إلى المدعيه ملأى بالحب والغرام والشوق والهيام والوعد باللقاء وبالمقابلات الشيقة إلى غير ذلك مما يكون عادة بين كل حبيبين وقد اعترف المدعى عليه بمعظم تلك الخطابات وبما اعترف به الخطاب بند ١٢ حافظة المؤرخ فى ١/٥/١٩٣٨ المرسل منه إلى الدكتور حافظ زوج أخت المدعية وهو بقنا يقرر فيه صراحته أنه فى المنيل ويخبره فيه بأن صحة حرمه وصحة ورثه (الموصية) والأولاد على ما يرام (المنيل الجهة التى يسكنها الدكتور المذكور زوج أخت المدعية والمدعية) فهذا الخطاب وما تضمنته الخطابات الأخرى من الوعد باللقاء والمقابلة لتدل جميعا على أن المدعى عليه كان يتردد على المدعية فى بيت الدكتور زوج أختها بعد العقد كما تدل على أنه كان يقبلها كثيراً إذ أنه فى كثير من هذه الخطابات كان يرسل لها كثيراً من القبلات وهذا أمر لا يمكن حصوله إلا فى خلوة صحيحة وأن الخلوة الصحيحة لتتحقق بدخولهما حجرة وغلق بابها ونوافذها عليهما بحيث لا يراهما أحد فما لا حظه وكيل المدعى عليه فى مذكرته بأن الخلوة فى بيت الدكتور غير ممكنة لأن أبواب غرفته ونوافذه مكشوفة ويطلع عليها الجيران لا يلتفت إليها إذ ما دام للغرف والنوافذ أبواب تغلق فلا خوف من اطلاع الجيران ولا معنى لهذه الملاحظة ولم يدع أحد بأن مسكن الدكتور والمدعية لا أبواب له ولا يعقل مسكن لمثل زوج أخت المدعية بلا أبواب .

ومن حيث إن المدعى عليه قد اعترف بالصورة الجامعة بين صورته وصورة المدعيه وصورة أخته شقيقته كما اعترف كذلك بصورته فقط فى الصورتين الأخريين الجامعتين لصورته وصورة المدعية فقط وإن اعترافه بالصورة الأولى بتمامها وبصورته فى الصورتين الأخريين لأكبر قرينة على أن الصورتين الأخريين له وللمدعية وإنهما عملتا برأيهما واختيارهما وأنهما

كانا معا" وقت التصوير وإنه ليدل دلالة قاطعة على كثرة تردده عليها وخروجه معها للرياضة الى المصورين وغير ذلك .

وإن عقدا يعقد بين شاب وشابة كهذين ويكثر اختلاطهما وخروجهما معاً على هذا النحو في زمن كزماننا هذا الذى أصبح السفور والاختلاط فيه أمرا شائعاً والحجاب فيه أمراً منكرا لا يمكن أن يكون هذا دون أن تحصل بينهما مقدمات والدواعي على أقل تقدير ولا زال في الناس بقية من حياء فإن هذه المقدمات والدواعي لابد أن تكون من وراء ستار محكم بحيث يكونان في مأمن من اطلاع الغير عليهما ولا أقل من أن يكون في حجرة مغلقة الأبواب والنوافذ بحيث لا يراهما أحد خصوصاً أنهما في صنيعتهم هذا لا يأتيان منكراً لأنهما زوجان .

فما تقدم يرى أن الخلوة الصحيحة ثابتة ثبوتاً لا شك فيه فإذا أضيف إلى ذلك ما قرره شاهد المدعية صراحة بحصول الخلوة الصحيحة بين الطرفين وأنه رآهما وحدهما في بعض الغرف عند دخولهما فيها أو خروجهما منها وهما شاهدان لهما اتصال كبير بالمدعية ومنزلة فوق منزلة الهماء كان ذلك أقوى في باب اليقين بحصول الخلوة وأشد ثبوتاً لها . وإن هذه القرائن والأدلة مجتمعة لحجة يقينية في ثبوت الخلوة الصحيحة بين المدعية والمدعى عليه . وإن ما ذكره وكيل المدعى عليه تجريحاً للشاهدين خصوصاً الشاهد الأول لا قيمة له ولا يعول عليه لأنه لا يقدح في موضوع الشهادة . ولإمكان التأويل والتوفيق فيما لوحظ مما ظاهره أنه اختلاف أو تضارب بين الشاهدين أو بينهما وبين المدعية وفي شهادة كل منهما على انفراد .

ومن حيث أن الخلوة الصحيحة ثابتة على هذا الوجه والطلاق قبل الدخول حقيقة وبعد الخلوة الصحيحة موجب للعدة شرعاً احتياطياً على ما هو منصوص عليه في موضعه والمعتدة نفقتها على مطلقها حتى تنقضي عدتها

شرعاً فنفقة المدعية واجبة على المدعى عليه من تاريخ الطلاق أيضاً حتى تنقضي عدتها منه شرعاً .

الأمر السادس والسابع :

ومن حيث أنه فيما يتعلق بيسار المدعى عليه نفسه فلم تقدم المدعية أي دليل يفيد يساراً له من أي وجه سوى ملخص حجة الوقف السابق ذكره وهو إن صح أنه يستحق القدر الوارد به فإن نصيبه في ذلك لا يتجاوز جنيهاً واحداً شهرياً على أقصى تقدير وقد لا يصل إلى سبعين قرشاً صاغاً ومثل هذا لا يمكن اعتباراً يساراً بداهة .

ومن حيث أنه فيما يتعلق باعتبار المدعى عليه موسراً بيسار أبيه فالمدعية تقول إن أباه وكيل وزارة الداخلية فهو غني براتبه وبأملاكه الأخرى والمدعى عليه يعيش معه والعرف والعادة جريا باعتبار مثله في هذه الحالة والمدعى عليه يقول أنه لا يمكن أن يعتبر كذلك إذ لم يجر عرف ولا عادة بهذا الاعتبار ويؤيد ذلك الحكم الاستئنافي الصادر من محكمة أسيوط في ١٩٣٧/٧/٧ المنشور بالصفحة رقم ٥١ من العدد الأول من السنة التاسعة من مجلة المحاماة الشرعية .

ومن حيث أن الحكم الفصل في ذلك إنما هو نصوص الفقهاء في هذا الموضوع وقد جاء في شرح الدر المختار في باب الكفاءة ما نصه قال المصنف (وكذا الصبي كفؤ بغنى أبيه بالنسبة إلى المهر لا النفقة)[1] وعلل الشارح بما يأتي (لأن العادة أن الآباء يتحملون عن الأبناء المهر لا النفقة) وقال ابن عابدين (مقتضاه أنه لو جرت العادة بتحمل النفقة أيضاً عن الابن للصغير كما في زماننا أنه يكون كفؤاً بل في زماننا يتحملها عن ابنه الكبير الذي في حجره والظاهر أنه يكون كفؤاً بذلك إلى أن قال لكن ما مشى عليه المصنف في البحر تصحيحه عن المجتبى ، ومقتضى تخصيصه بالصبي أن الكبير ليس كذلك ووجه أن الصغير غني بغنى أبيه في باب الزكاة بخلاف

الكبير وقد علق الرافعي في الجزء الأول من تقريره بأن استظهار ابن عابدين سالف الذكر غير مسلم وليس في الهداية ما يؤيده . فمن ذلك يرى أن النص الوارد باعتبار الولد موسرا بيسار أبيه إنما هو في الصغير دون الكبير وفي المهر دون النفقة . والذي يؤخذ من مجموع ما تقدم أن الولد يعتبر موسرا بيسار أبيه إذا كان صغيراً أما الكبير فلا يمكن اعتباره كذلك ووجهته أن الصغير في باب الزكاة يعتبر كذلك فلا يصرف له شيء من الصدقات بخلاف الكبير فلا يعتبر كذلك فيجوز صرف الصدقات له فكذا في باب الكفاءة وهذا الاعتبار إنما هو بالنسبة للمهر لا النفقة لأن العادة جرت بتحمل الآباء المهر دون النفقة ففي الموضوع أمران .

١- صغير وكبير ، ووجه الفرق بينهما ما ورد في باب الزكاة على نحو ما سبق .

٢- مهر ونفقة ، ووجه الفرق هو تحمل الآباء المهر لا النفقةً كما ذكر فتعليل الأمر الأول بعلة الأمر الثاني خلط في الموضوع لا أصل له ولا سند يؤيده من فقه أو نحوه والذي جعل الموضوع يشكل على بعض الناظرين هو استظهار ابن عابدين سالف الذكر وهو استظهار لا وجه له خصوصاً أن الرافعي علق على هذا الاستظهار بما سبق ذكره مع ملاحظة أن ابن عابدين ليس من أهل الاجتهاد بل ولا من أهل الترجيح . هذا وأن من المعلوم فقهاً بالضرورة أن ما في المتون مقدم عند الترجيح على ما في الشروح وما في الشروح مقدم على ما في الحواشي . وقد مر بك ما ورد في كل من المتون والشروح والحواشي وكل ما يمكن القياس فيه في هذا الموضوع إلحاق النفقة بالمهر في حق الصغير إذا جرت العادة بتحمل الآباء ذلك فإنه ما دام المناط هو التحمل فلا فرق بين النفقة والمهر في ذلك والتفريق بينهما تحكم أو المعلول يدور مع علته وجوداً وعدماً . ولذلك يمكن القول أيضاً أنه إذا لم تجر العادة بتحمل المهر والنفقة معاً فلا وجه لاعتبار الصغير موسراً بيسار

أبيه في باب الكفاءة وإن كان يعتبر كذلك في باب الزكاة لوجوب نفقته على أبيه .

هذا وإن اعتبار الصغير موسراً بيسار أبيه في المهر لا النفقة ليكون كفؤاً ليس عليه اعتراض من وجهة النظر العامة فإن الأب في هذه الحالة هو الذي يخطب لابنه ويحدد المهر ويقوم بأدائه وبجميع ما يلزم لذلك من نفقات الزفاف ونحوها . ومعروف أن هذه الزوجة بعد الزفاف ستكون هي وزوجها في بيت أبيه يأكلان ويشربان ويكتسبان أسوة بغيرهما من أهل البيت دون تفكير فى أن هذه الزوجة ستقف يوماً أمام القضاء تطالب بنفقتها فإذا حدث ما يوجب ذلك تنكر لها الأب وفر من وجه القضاء ومن هذا يعلم السر فى جريان العرف والعادة بتحمل المهر لا النفقة فإن المهر (المعجل منه) أمره محدود معروف يدفعه الأب عن رضا واختيار ، أما النفقة فلا حد لها ولا نهاية ، وقد يترتب عليها إرهاق الأب وقصم ظهره لو تحملها فلم تجر العادة بتملها وادعاء جريان العادة بذلك ادعاء مردود لا أصل له .

وفضلاً عن هذا فإن اعتبار الولد موسراً بيسار أبيه فى النفقة أمر غير مفهوم ولا معقول ، فإن كان معناه أن يتحمل الأب نفقة زوجة ابنه كان هذا نائياً عن القواعد الفقهية وعن المألوف ما دام لم يلتزم الأب ذلك .

وأن المحكمة لو سلمت جدلاً بجواز اعتبار مثل المدعى عليه موسراً بيسار أبيه وفرضت عليه نفقة الموسرين فكيف تنفذ المدعية هذا الحكم . أتنفذه عليه بطريق الحجز على المال وهو لا مال له يحجز عليه أم تنفذه عليه بريق الحبس وهو فقير مدقع ولا يحبس شرعاً إلا الغنى المماطل . أم تنفذه على أبيه بإحدى هاتين الطريقتين وهو لا يمكن التنفيذ عليه ولا وجه لذلك إذ ليس محكوماً عليه وليس واحداً من طرفى الخصومة فمن ذلك يرى أن تنفيذ مثل هذا الحكم يكاد يكون مستحيلاً فإصدار مثله ضرب من العبث يجب أن يترفع عنه القضاء ليحتفظ بهيبته وليبقى على مقامه ومكانته .

على أننا لو جارينا المدعية فى هذا الأمر لفتحنا على الناس باب شر لا يغلق ليسرنا للشباب طرق الفساد إلى أقصى حد مستطاع فإن من السهل على كل شاب مفتون نشأ فى نعمة أبيه ولم يذق مرارة الجوع أو الفقر فى بعض أيامه أن يغوى فتاة شابة أو تغويه هى فيعقد عليها من وراء أهله وبدون علمهم ثم لا يلبث هذا الحب المبنى على الشهوة دون غيرها أن يزول فيحل محله البغض والكراهية ، وقد يعقب ذلك الطلاق فى المحاكم فالحكم بنفقة الموسرين فيقع الآباء فى شر أعمال أبنائهم الطائشين الذين لا يقدرون الأمور حق قدرها ولا يتدبرون عواقب أعمالهم ، ولا يهمهم من أمر أسرهم شيء سواء أبقى صرحها قائماً أم إندك فأصبح جاثماً ، فصوناً لكيان تلك الأسر من عبث الشباب وحفظاً لها من طيش فاقدي الألباب ينبغي أن ندرأ فسادهم بسد هذا الباب حتى يستقيم الأمر ويتغلب العقل فيرشد الناس فيصلح الله أحوالهم.

ومن حيث أن الحكم المؤرخ في ١٩٣٤/٢/٢١ سالف الذكر الذي استندت إليه المدعية في اعتبار الولد الكبير موسراً بيسار أبيه لا يمت إلى موضوعنا بصلة فإنه بنى على أن المدعى عليه يعمل بنفسه في دائرة جده الواسعة ، ويصل إلى يده منها مال كثير جزاء عمله ولما له فيها من نفوذ وسلطان فكان هو فيها صاحب الشأن ، فالمدعى عليه في الحكم المذكور إذا موسر وكسوب ، أما المدعى عليه في قضيتنا هذه ففرق شاسع بينه وبين ذلك وهو فرق أصبح الآن معروفاً فلا حاجة إلى إعادته وتكريره ، وإذاً فالاحتجاج بهذا الحكم أو الاحتكام إليه لا يجدي نفعاً في موضوعنا هذا ، وإن الحكم الاستئنافي لهذا الحكم لم يزد شيئاً سوى أن رأت هيئة المحكمة أن المفروض بالنسبة ليسار المحكوم عليه وكسبه الوفير قليل فزادته إلى ما رأت أنه يناسب ذلك اليسار .

الأمر الثامن :

ومن حيث أنه ثابت من أوراق القضية أن المدعى عليه طالب بالسنة النهائية بمدرسة البوليس وأنه يعيش مع والده ملزم شرعاً بنفقاته وأن لوالده جاهاً وَمالاً لا ينكران فلا تستطيع المحكمة أن تغض النظر عن هذه الاعتبارات ولا عن الوسط الذي يعيش المدعى عليه ، وإن كانت ظروفه وحالته من الفقر على نحو ما وصفنا فلهذه الأسباب كلها نرى فرض ما يأتي مناسباً .

لهـذا

فرضنا للمدعية على المدعى عليه في كل شهر ثلاثمائة قرش صاغاً لنفقتها بجميع أنواعها وأمرناه بأداء ذلك إليها في مواعيده من ١٠ أكتوبر سنة ١٩٣٧ على أن تكون نفقة عدة من ٣١ يوليه سنة ١٩٣٨ وألزمناه بمصاريف الدعوى ومائتي قرش أتعاب محاماة حضورياً .

الحكـــم الخامس

المبدأ

بحث الدليل وبيان قيمته وحجيته في الاستدلال به من الأمور التقديرية التي لمحكمة الموضوع وحدها حق التكييف ومدى ما تفيده في الإثبات وليس لها بعد الفصل في الدعوى إعادة النظر في ذلك لأن هذا ليس من أسباب الالتماس التي بينت على وجه الحصر في المادة (٣٢٩) من اللائحة .

وكذلك القول في الالتماس بعدم استيفاء المدعى مجالس الإثبات أمام محكمة أول درجة بدعوى أن الاستئناف يعيد الدعوى إلى ما كانت عليه طبقاً للمادة (٣١٧) من اللائحة لأن هذه المادة أوجبت على محكمة الاستئناف إعادة

النظر فيما رفع عنه الاستئناف على أساس الدفوع والأدلة المقدمة لمحكمة أول درجة ومقتضى ذلك أن الإجراءات التي تمت في القضية أمام المحكمة الإبتدائية تعتبر كأنها حاصلة أمام محكمة الاستئناف ومنها مجالس الإثبات فلا يقبل الالتماس المبنى على هذين السببين .

الحكم

بجلسة المحكمة العليا الشرعية المنعقدة علناً في يوم الثلاثاء ٨ ربيع الثانى سنة ١٣٦٥ و١٢ مارس سنة ١٩٤٦ برياسة صاحب الفضيلة الشيخ على قراعة رئيس المحكمة وعضوية حضرتى صاحبى الفضيلة الشيخ محمد إبراهيم سالم والشيخ محمد أحمد فرج السنهوري من أعضائها وبحضور محمود الشربونى أفندى كاتب الجلسة (صدر ما يأتى) فى قضية الالتماس رقم ٣٦ سنة ٤٥-١٩٤٦ المرفوعة من فاطمة هانم مصطفى أحمد نبيه موكلة حضرة الأستاذ مصطفى الجمل المحامى وحضرتى صاحب الدولة والمعالى وزير المالية والمعارف وجناب الخواجة تكس مدير البنك الأهلى فى الحكم الصادر من المحكمة العليا الشرعية بتاريخ ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٤٥ فى القضية رقم ٢١٠ سنة ٤٣ - ١٩٤٤ بإلغاء الحكم الصادر من محكمة مصر الإبتدائية الشرعية بتاريخ ٨ إبريل سنة ١٩٤٤ في القضية الكلية رقم ٦٦ سنة ٤٢ - ١٩٤٣ بوفاة ووراثة ورفض الدعوى .

الوقائع

تضمنت دعوى الملتمسة على الملتمس عليهم أمام محكمة مصر الإبتدائية الشرعية أن المرحوم محمود باشا أحمد توفي بتاريخ ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٤٢ وانحصر ميراثه في زوجتيه (الملتمسة) والملتمس عليها الأولى وفي ولديه المذكورين بالدعوى وطلبت لما ذكر بدعواها الحكم لها على المدعى عليهم بوفاة المتوفي والمذكور وأنها من ورثته بصفتها إحدى زوجيته

تستحق نصف ثمن تركته ودفع وكيل الملتمس عليها الأولى الدعوى بطلاق المدعية من المتوفى وانقضاء عدتها منه وطلب رفض الدعوى فأنكر وكيل المدعية علم موكلته بالطلاق المذكور وقال إن زوجيتها به استمرت إلى يوم وفاته وبذلك يكون قد راجعها بعد الطلاق المذكور على فرض حصوله وتقرر ضم الفصل في الدفع إلى الفصل في الموضوع واستند وكيل المدعية في إثبات دعواها إلى ما قدمه من الأوراق وأحضر شهوداً سمعت شهادتهم وبتاريخ ١٨ ابريل سنة ١٩٤٥ حكمت المحكمة المذكورة للمدعية على المدعي عليهم بوفاة المتوفى المذكور وأنها من ورثته بصفتها زوجة له وتستحق في تركته نصف ثمنها ورفضت الدفع المضموم لما جاء بأسبابها .

فاستأنفت الملمتس عليها الأولى هذا الحكم طالبة الغاؤه ورفض الدعوى لثبوت علم المدعية بطلاقها من المتوفي وتسلمها إشهاد الطلاق ولعدم حجية الأوراق المقدمة منها وعدم صحة شهادة شهودها - والمحكمة العليا كلفت المحكوم لها إثبات دعواها فأحضر وكيلها شهود سمعت شهادته وتقرر عجزها عن إثبات دعواها فطلب وكيلها تحليف الملتمس عليها الأولى اليمين على نفس الدعوى ثم عدل أخيراً عن طلب التحليف وبتاريخ ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٤٥ قررت المحكمة العليا إلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى وجاء في أسبابها أن النزاع بين الطرفين هو في حصول الزوجية بعد الطلاق المذكور أثناء العدة - فالمدعية تدعي عدم علمها بالطلاق إلا بعد الوفاة وأن المتوفى كان يعاشرها معاشرة الزوجية من وقت الزواج إلى الوفاة وتعتبر استمرار المعاشرة رجعة والمدعى عليها تنكر عليها حصول الرجعة وتدعي علم المدعية بالطلاق بدليل تسلمها قسيمة الطلاق حين ذاك كما تدل على ذلك الشهادة الرسمية المقدمة وأنه ليس في الأوراق ولا في شهادة الشهود التي اعتمدت عليها المحكمة الإبتدائية في إثبات الرجعة ما يدل على أكثر من أن المتوفى كان يقيم مع المدعية في منزل واحد وليس في ذلك ما يدل على

حصول الرجعة بالفعل أو بالقول أثناء العدة قطعاً وقد قالت المدعية أنها لا تعلم بالطلاق وأن ما جاء بالشهادة الرسمية من تسلمها قسيمة الطلاق لا صحة له بل هو من عمل المتوفى وضع وفي ذلك احتفاظ المتوفي على ورقة الطلاق بمكتبه طول هذه المدة ما يبعث على ترجيح أن قصد المتوفي من الطلاق ترتب أثره عليه.

أما اعتراف بعض الورثة لها بالزوجية في المحضر الذي عمل بعد الوفاة فقد تبين أنه كان قبل ظهور ورقة الطلاق فلما ظهرت أنكر الزوجية من اعترف بها واستصدر إشهاداً بتحقيق الوفاة والوراثة ولم يذكر المدعية من الورثة ، وأن المحكمة العليا نظراً لعدم كفاية الإثبات كلفت المدعية به وأجلتها لذلك جلستين فجاءت بشهود لم يزد شهادتهم على شهادة شهود المحكمة الإبتدائية وأن المحكمة أجلت المدعية للإثبات جلسة والمحكمة العليا أجلتها للإثبات جلستين في ٨ مايو سنة ١٩٤٥ وفي ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٥ فلم تأت بدليل مفيد للإثبات فتقرر اعتبارها عاجزة عن الإثبات طبقاً للمادة (١٩٤) من اللائحة وتحليف المدعى عليها اليمين الشرعية وقد عدل وكيلها أخيراً عن تحليف اليمين وبتاريخ ١٩ ديسمبر سنة ١٩٤٥ قدمت المدعية التماساً في هذا الحكم لدى المحكمة العليا طلبت فيه قبوله وإلغاء الحكم الملتمس فيه .

وتأييد الحكم الإبتدائي ورفض الاستئناف لأن الحكم الملتمس إعادة النظر فيه لم يصادف قولاً في المذهب لقيام الدليل على أن المتوفي كان يعاشر الملتمسة معاشرة الزوجية إلى يوم الوفاة فيكون الحكم الملتمس فيه وقع مخالفاً لإجماع الفقهاء على أنه يكفي في الحكم بالزوجية شهادة شهود يشهدون بمعاشرة الزوجين بعضها وأن يساكنها في منزلها .

وقد شهد شهود الملتمسة بالعشرة واستمرار الزوجية من يوم الزواج إلى يوم الوفاة ولأن الملتمسة لم تؤجل لإثبات دعواها ثلاث جلسات أمام المحكمتين الإبتدائية والعليا بالصفة الواردة بعريضة الالتماس .

المحكمة

بعد الاطلاع على عريضة الالتماس وعلى الحكم الملتمس إعادة النظر فيه وعلى أوراق القضيتين الابتدائية والاستئنافية والمداولة قانونية .

من حيث أن الالتماس قدم في الميعاد فهو مقبول شكلاً .

الأول : أن الرجعة قد تثبت بالأوراق المقدمة من الملتمسة ومن شهادة الشهود الذين سمعت المحكمة شهادتكم فتكون زوجيتها من المتوفى قائمة إلى وفاته وإرثها منه بسبب هذه الزوجية ثابتاً شرعاً ويكون الحكم برفض دعواها باطلاً ولم يصادف قولاً في المذهب .

الثاني : أن الملتمسة لم تستوف مجالس الإثبات الثلاثة التي أجازت المادة (١٩٤) من اللائحة اعتبارها عاجزة عن الإثبات بعدها فيكون تقرير المحكمة عجزها عن الإثبات في هذه الحالة غير صحيح ويكون الحكم برفض الدعوى بناء على ذلك باطلاً .

ومن حيث أن السبب الأول لا يخرج عن كونه مناقشة في الأدلة المقدمة لإثبات الرجعة وظاهر أن بحث الدليل وبيان قيمته وحجيته في الاستدلال به من الأمور التقديرية التي لمحكمة الموضوع وحدها حق تكييفها ومدى ما تفيده في الإثبات وليس لها بعد الفصل في الدعوى إعادة النظر في ذلك لأن الخطأ التقديري على فرض حصوله ليس من أسباب الالتماس التي بينت على وجه الحصر في المادة (٣٢٩) من اللائحة .

ومن حيث أن السبب الثاني غير صحيح لأنه ثابت من أوراق القضية الابتدائية والاستئنافية أن الملتمسة لم تأت بدليل مفيد لإثبات الدعوى وتكرر ذلك منها في ثلاث جلسات الأولى أمام المحكمة الابتدائية حيث كلفت الإثبات

في جلسة ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٤٣ وأحضرت شهوداً في جلسة ٢١ مارس سنته رأت المحكمة العليا عدم كفاية شهادتهم في الإثبات وكلفتها تقديم إثبات آخر في جلستي ٨ مايو سنة ١٩٤٥ ، ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٥ فلم تحضر إثباتاً أصلاً في الأولى وأحضرت شهوداً لم تصح شهادتهم في الثانية .

وما ذكرته الملتمسة في عريضة الالتماس من أنه لا يجوز احتساب جلسة الإثبات أمام المحكمة الابتدائية لا وجه له لأن الاستئناف يعيد الدعوى إلى الحالة التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف طبقاً للمادة (٣١٧) من اللائحة التي أوجبت على محكمة الاستئناف إعادة النظر فيما رفع عنه الاستئناف على أساس الدفوع والأدلة المقدمة لمحكمة أول درجة ومقتضى ذلك أن الإجراءات التي تمت في القضية أمام المحكمة الابتدائية تعتبر كأنها حصلت أمام محكمة الاستئناف ومن ذلك احتساب مجالس الإثبات التي حددت لإثبات الدعوى أمام محكمة أول درجة في حالة ما إذا رأت محكمة الاستئناف أن ما قدمت فيها من الأدلة غير كاف لإثباتها .

ومن حيث أنه فضلاً عن ذلك فإنه حتى مع التسليم بأن الملتمسة لم تستوف مجالس الإثبات الثلاثة فإن استيفائها وعدم استيفائها من قواعد وأحكام الإجراءات القضائية التي لا تعتبر مخالفتها من أوجه الالتماس .

ومن حيث أنه بناء على ذلك يكون هذا الالتماس غير مبني على أساس صحيح ولا ينطبق على وجه من أوجه الالتماس المبينة بالمادة المذكورة ويتعين رفضه موضوعاً .

لهذا

قررنا رفض هذا الالتماس .

الحكم السادس

المبدأ

ما دام المحكوم عليه بنفقة العدة لا ينازع في كون مطلقته في العدة في المدة التي استولت على نفقتها فيما بعد مضي السنة من طريق تنفيذها الحكم الصادر بها فلا يجاب لطلب استرداد ما استولت عليه من ذلك بطريق التنفيذ لأن النفقة صلة لا تسترد إذا اتصل بها القبض .

الحكم

بالجلسة الجزئية المنعقدة علناً بمحكمة بني سويف الشرعية في يوم الأربعاء ١٨ المحرم سنة ١٣٥٣ (٢ مايو سنة ١٩٣٤) لدى أنا مجاهد الدولتلي القاضي بها وبحضور الشيخ عبد الجواد عثمان كاتب الجلسة (صدر الحكم الآتي) في القضية الجزئية رقم ٨٨٠ سنة ٣٣ - ١٩٣٤ المرفوعة من ضواء السيد سليمان من قلها (ضد) منا علي زايد من حياته يطلب رد مبلغ ٥١٤ قرش صاغ .

الوقائع

أدعى المدعي أنه كان زوجاً للمدعى عليها ثم طلقها ومضى على طلاقها منه أكثر من سنة وأنه مفروض لها عليه نفقة عدة وأنها نفذت بنفقتها المفروضة عليه بعد مضي سنة من تاريخ طلاقها واستولت منه على مبلغ خمسمائة وأربعة عشر قرشاً صاغاً بغير حق وأنه اضطر لدفع هذا المبلغ حيث حجزت على محاصيل زراعية له وعمل له محضر تبديد حجز وطلب الحكم له عليها برد هذا المبلغ وهي صادقت على سابقة الزوجية والطلاق وصدور حكم النفقة وأنكرت ما عدا ذلك وقالت إنها لا تزال في العدة للآن

ولم ينازعها وكيل المدعي في أنها في العدة وقال أن محل النزاع بينها وبين موكلي أنها استولت منه على المبلغ المذكور بعد مضي سنة من طلاقها منه .

أما كونها في العدة أو خرجت منها فليس موضع بحثنا وليس بين موكلي وبينها نزاع في ذلك .

المحكمة

من حيث أن المدعي قرر أن المدعى عليها نفذت حكم نفقة العدة عليه بعد مضي سنة من الطلاق وأنه اضطر حتى دفع لها مقدار النفقة المطلوبة وطلب رد تلك النفقة التي قبضتها لأنها استولت عليها بدون حق ولا وجه شرعي . ومن حيث أن المدعى عليها ردت أنها لا تزال في عدة المدعي ولم ينازعها وكيله في ذلك فتكون في العدة . ومن حيث أن نفقة المعتدة واجبة على مطلقها شرعاً ما دامت في العدة وإن طالبت إلى أكثر من سنة ولكنه نهي للقضاة عن سماع هذه الدعوى من قبيل تخصيص القضاء .

مع سقوط الحق في النفقة ما دامت في العدة كالمنع بعدم سماع الدعوى بعد مضي خمس عشرة سنة فإنه لا يدل على سقوط الحق المدعي بتقادم الزمن ومن حيث أنه بذلك تكون المدعى عليها قد قبضت ما قبضته على أنه نفقة مستحقة لها لأنها في العدة ويكون المدعي قد أقبضتها هذا المبلغ على هذا الاعتبار ولا يقيده أن ذلك كان بطريق الحجز .

فقد كان في متناوله بحكم القانون أن يستشكل في التنفيذ وأن يرفع الأمر إلى القضاء ليقف حكم النفقة فيما زاد عن سنة من تاريخ الطلاق طبقاً لنص المادة ١٩ من القانون المذكور . أما ولم يفعل ذلك وقد استولت المدعى عليها على حقها في النفقة فلا وجه لاستردادها ، وقد نصوا على أن النفقة صلة لا تسترد إذا اتصل بها القبض كالهبة ويجب حينئذ رفض هذه الدعوى .

لهذا قررنا رفض هذه الدعوى حضورياً .

الحكـــم السابع

البحث

إذا تأيد حكم الطاعة فهل يكون النشوز من تـاريخ الحكـم الابتدائـي أو من تاريخ تأييده أو من تاريخ التنفيذ وامتناع الزوجة عن الطاعة .

المبدأ

تعتبر الزوجة ناشزاً من اليوم الذي امتنعت فيه عن تنفيذ حكم الطاعـة النهائي .

والقول بأن على الزوجة أن تبادر إلى بيت الطاعـة مـن تلقـاء نفسـها قبل أن يدعوها الزوج إليه تجاهل للعرف والتقاليد .

محكمة السيدة الجزئية الشرعية

حكم

بالجلسة الجزئية المنعقدة بمحكمة السيدة الشرعية في يوم الخميس ٢٠ ذي الحجة سنة ١٣٥٧ ؛ ١٩٣٩/٢/٩ لدى أبـا مجـاهد الدولتلـي القـاضي بهـا وبحضور الشيخ عبد الله سليمان كاتب الجلسة .

صدر الحكم الآتي

فـي القضيـة الجزئيـة رقـم ١٦١ سـنة ١٩٠ - ١٩٣٩ المرفوعـة مـن الدكتور إسماعيل أفندي فهمي .

ضد

الست هند نعمان بشأن منع من نفقة زوجية للنشوز .

الوقائع

ادعى المدعي أنه زوج للمدعى عليها وقد صدر له عليها حكم طاعة من هذه المحكمة في القضية رقم ٣٢٠ سنة ١٩٣٧ - ١٩٣٨ بتاريخ ١٩٣٨/١/١٧ غيابياً وعارضت فيه ورفضت المعارضة في ١٩٣٨/٣/١٠ وفي ١٩٣٨/١٠/٣ تأيد هذا الحكم من محكمة استئناف مصر الشرعية في القضية الاستئنافية رقم ١٥٤٧ سنة ١٩٣٧ - ١٩٣٨ وفي ١٩٣٨/٤/٦ في القضية رقم ١٤٧ سنة ١٩٣٧ - ١٩٣٨ فرض لها عليه نفقة وكسوة قدرهما ٨ جنيه شهرياً و٣ جنيه أجرة مسكن و ١ جنيه أجرة خادم وقد عدل هذا الحكم بالتخفيض من محكمة استئناف مصر الشرعية بتاريخ ١٩٣٨/٥/١٩ في القضية الاستئنافية رقم ١٧٩٢ سنة ١٩٣٧ - ١٩٣٨ فأصبح المقرر ٦ جنيه نفقة وكسوة وأجرة المسكن ٢ جنيه والخادم كما هو وأن المدعى عليها امتنعت عن طاعته في المسكن المبين بحكم الطاعة المذكور وهو الشقة رقم ٤٧ بالعمارة رقم ٨٨ ملك الأمير سيف الدين بشارع قصر العيني قسم السيدة زينب وبذلك تكون ناشزاً لا تستحق عليه نفقة شرعاً وطلب أولاً أمرها بالكف عن مطالبته بالمقرر لنفقتها وكسوتها وأجرة خادمها بمقتضى الحكمين المذكورين من اليوم التالي لتاريخ حكم الطاعة الابتدائي وهو يوم ١٩٣٨/١/١٨ وبعدم تعرضها له في ذلك والحكم له عليها بإبطال أجرة المسكن من التاريخ المذكور وأمرها بالكف عن المطالبة بها بموجب الحكمين المذكورين مع إلزامها بالمصاريف والأتعاب وقدم صوراً رسمية من حكم الطاعة الابتدائي والحكم الصادر برفض المعارضة فيه والحكم الاستئنافي الصادر بتأييده والحكم الاستئنافي الصادر بالتعديل وأوراقاً أخرى مبينة بالحوافظ المقدمة منه المؤرخة في ١٩٣٨/١١/١٤ وفي ١٩ منه وفي ١٥ يناير سنة ١٩٣٩ .

ووكيل المدعى عليها قدم مذكرة بجوابه على الدعوى تضمنت الدفع بكيديتها على الوجه الوارد بها وقدم معها حافظة مؤرخة في ١٩٣٨/١٢/١٥

بمستندات قال إنها لإثبات الدفع وما ورد بالمذكرة ومكن وكيل المدعي من الإطلاع على هذه الحافظة والمذكرة فقدم مذكرة بملاحظاته على هذه المستندات وطلب الحكم لوكيله بأمرها بالكف عن مطالبته بما هو مقرر لها عليه بالحكمين المذكورين بما في ذلك أجرة المسكن من ١٩٣٨/١/١٨ إلى يوم ١٩٣٨/١٠/١٥ وقال إن هذا الطلب طلب احتياطي ثم اكتفى أخيراً بأمرها بالكف عن مطالبة المدعى بمبلغ ٢٠ عشرين جنيهاً مما تجمد لها عليه في هذه المدة وترافع الطرفان في موضوع حكم الطاعة إذا تأيد استئنافياً هل يكون سارياً من تاريخ حكم الطاعة الابتدائي وتكون الطاعة واجبة عليها من تاريخه أو من تاريخ الحكم الاستئنافي أو من تاريخ التنفيذ .

وقدم وكيل المدعى عليها مذكرة بذلك بين فيها وجهة نظره في هذا الموضوع وقدم حافظتين بمستندات إحداهما في ٩ يناير سنة ١٩٣٩ والأخرى في ٨ فبراير سنة ١٩٣٨ قال إنهما لإثبات بعض ما ورد في المذكرتين المقدمتين من الأولى التي بالجواب عن الدعوى والثانية سالفة الذكر وطلب المدعي الفصل على أساس ما تقدم وقال إنه نفذ عليها حكم الطاعة المذكور في ١٩٣٨/١٠/١٣ فلم يجدها كما هو مؤشر بذلك على هامش الحكم المذكور.

المحكمة

من حيث أن الكلام في علاقة مثل هذين الزوجين وما كان يجب أن تكون عليه فعلاً أيام العشرة قد سبقت الإفاضة فيها في الأحكام السابقة الصادرة من هذه المحكمة ومن محكمة الاستئناف ومن محكمة السيدة الأهلية فلا حاجة إلى إعادة القول فيها مرة أخرى اكتفاء بما سبق شرحه في هذه الأحكام .

ومن حيث أن المدعي كان قد طلب أولاً أمرها بالكف عن مطالبته بموجب حكمي النفقة المذكورين من ١٩٣٨/١/١٨ لا إلى غاية محددة بل إلى

أن تعود لطاعته شرعاً ثم طلب أخيراً أمرها بذلك إلى ٣٨/١٠/١٥ ثم طلب أمرها بعدم مطالبته بمبلغ ٢٠ جنيهاً من المتجمد في هذه المدة وليعلم القارئ الحكمة في عدول المدعي عن طلبه الأول فليرجع إلى المستند ٢ من حافظة المدعى عليها وهو حكم مدني يفيد ملكيتها للمنقولات التي في مسكن الطاعة والمستند ٣ وهو محضر نقل هذه المنقولات من مسكن الطاعة إلى محل آخر في ١٩٣٨/١٠/١٥ والمستند ٤ وهو محضر حجز على ما بقي بمسكن الطاعة من منقولات نظير متجمد من نفقة في ١٩٣٨/١١/١٠ فمن هذه المستندات الثلاثة يرى أن ما كان بالمسكن من أثاث اعتبر به شرعاً كان ملكاً للمدعى عليها بمقتضى المستند ٢ المذكور وبما لها من حق الملكية قد استولت عليه وأخذته وأخرجته من المسكن بموجب المستند ٣ المذكور وما بقي بعد الذي كان لها مما هو ملك للمدعي قد أوقعت عليه حجزاً بنفقتها بموجب المستند ٤ المذكور وبالرجوع إلى هذا المستند يرى أن هذه الأشياء لا يمكن بحال أن يعتبر بها المسكن شرعياً حتى لأهل الطبقة الدنيا فضلاً لمن مثل المدعي ومن هو في طبقته وقصارى القول فقد دلت هذه المستندات الثلاثة على زوال شرعية المسكن في ١٩٣٨/١٠/١٥ وبذلك سقط عن المدعى عليها وجوب الطاعة في هذا المسكن من هذا التاريخ ووجبت لها النفقة عليه بلا نزاع في ذلك بين الطرفين .

ومن حيث أن النزاع بين الطرفين قد انحصر أخيراً في وجوب الطاعة على المدعى عليها هل يكون من تاريخ الحكم بذلك ابتدائياً كما يقرر بذلك المدعي وعلى هذا فتكون ناشزة من هذا التاريخ فلا نفقة لها عليه منه إلى أن زالت شرعية المسكن في ١٩٣٨/١٠/١٥ أو أن الطاعة لم تجب عليها إلا من تاريخ الحكم الاستئنافي المؤيد للحكم الابتدائي وهو ١٩٣٨/١٠/٣ كما تقرر بذلك المدعى عليها وعلى هذا فلا تكون ناشزاً من تاريخ الحكم الابتدائي

وإنما يصح البحث في كونها ناشزا أو غير ناشز من تاريخ الحكم الاستئنافي فقط أو من تاريخ التنفيذ عليها بعد ذلك وامتناعها عن الطاعة .

ومن حيث أن الفقهاء قد نصوا على أن المرأة تستحق النفقة على زوجها بمجرد العقد ولو بقيت في بيت أهلها ما لم يطلبها إلى بيته فتمنع وعللوا ذلك بأن النفقة حقها والنقلة إلى بيته حقة وتركه المطالبة بحقه لا يمنعها من المطالبة بحقها وأوجبوا على الزوجة أن تطع زوجها متى أعدت لها مسكناً شرعياً ودعاها لطاعته والمفهوم طبعاً من شرط شرعية المسكن أن شرعية لا نزاع فيها بين الزوجين ومن حيث أن القانون المنظم للمحاكم الشرعية قد وضع نظاماً خاصاً لتنفيذ أحكامها فجعل بعضها واجب النفاذ بمجرد صدوره وبعضها لا يجوز تنفيذه حتى يصير نهائياً وجعل أحكام الطاعة من النوع الثاني وقرر للمحكوم عليها بالطاعة حق المعارضة إذا كان غيابيا ثم الاستئناف ومما لا ريب فيه أن المعارضة أو الاستئناف يتضمنان طعناً في شرعية المسكن فهي منازع فيها ولا تصبح الشرعية محققة إلا من يوم صدور الحكم الاستئنافي بالتأييد فإن ذلك وحده القاطع للنزاع فيها فإذا كان القانون قد جعل هذه الحقوق للمحكوم عليها بالطاعة وهي حقوق مانعة من التنفيذ فالقول بوجوب الطاعة عليها من تاريخ الحكم الابتدائي إذا تأيد استئنافياً قول ظاهره التعسف والحرج إذ المفهوم

والمعقول أن الوجوب لا يتحقق إلا عند جواز التنفيذ . وما دام التنفيذ غير جائز فالوجوب ساقط . ومتى سقط وجوب الطاعة وجبت النفقة على كل حال هذا وأن قياس حكم الطاعة إذا تأيد استئنافياً على حكم النفقة إذا تعدل استئنافياً بالتخفيض أو الزيادة من حيث سريان التعديل المذكور من تاريخ الحكم الابتدائي قياس مع الفارق فإن حكم النفقة أثره مادي يمكن ملافاة ما يكون قد ترتب على تنفيذ الحكم الابتدائي من ضرر بخلاف حكم الطاعة فإن أثره حبس النفس وهو أمرمعنوي والضرر المترتب على ذلك لا يمكن ملافاته

ولا استعاضته إذا نفذ الحكم الابتدائي قبل أن يصير نهائياً ثم ألغى في المعارضة أو الاستئناف مثلاً .

ولهذا جعل حكم الطاعة من الأحكام التي لا يجوز تنفيذها حتى تصبح نهائياً إذا بذلك يتحقق وجوب الطاعة كما سلف ومن ناحية أخرى فإنه لا يمكن القول إذا تأيد حكم الطاعة استئنافياً بأن تطيع الزوجة زوجها في المدة من تاريخ الحكم الابتداني إلى تاريخ تأييده استئنافياً فإذا لم تطعه فيها كانت ناشزاً إذ أن ذلك قول غير معقول بداهة بل مستحيل التحقق وما دامت طاعتها في هذه المدة بعد التأييد مستحيلة وقبل التأييد غير واجبة فلا يجوز القول باعتبارها ناشزاً من تاريخ الحكم الابتدائي بحال من الأحوال إذ لو جاز ذلك لكان المشرع متناقضاً إذ كيف يجعل لها حق المعارضة والاستئناف لتبدى مظلمتها فيهما ثم يقول لها بعد ذلك أنت ظالمة عاصية من تاريخ الحكم الإبتدائى وكان يجب عليك تنفيذه من وقت صدوره وإن هذا التناقض تأباه العقول السليمة وترفضه النظم الإجتماعية الصحيحة والقائل بأنه يجلب على الزوجة أن تبادر إلى بيت الطاعة من تلقاء نفسها قبل أن يدعوها الزوج إليه قد تجاهل العرف والعادة فى الحوادث التى لا تتعارض مع نص من كتاب أو سنة قد اعتبرهما الفقهاء وبنوا عليهما كثيراً من الأحكام وكذلك اعتبرهما سائر الأقطار فأصبح لهما اعتبار عظيم وتقدير كبير لا يستطيع أحد أن يتخطى ما تقضى به العادات والتقاليد ومن المعلوم عادة وعرفاً أن الزوجة إذا غضبت من زوجها لا تستطيع أن تعود إليه دون أن يدعوها لذلك فإنها إن فعلت ذلك كان فعلها هذا مستهجناً مشوباً على الأقل بشيء من عدم الحياء والخروج على الآداب فأية امرأة ترضى أن توصم بذلك مهما ترتب على عدم عودتها إليه من تلقاء نفسها من آثار لما فى ذلك من إذلال النفس وضياع لعزة المرأة وكرامتها وأن الزوج مهما بلغت علاقته بزوجته وجرد من عوامل العناد ، والكيد لها ما رضى لزوجته هذه المهانة وتلك الذلة فهذا العرف وتلك

العادة لا تستطيع المحكمة إهمالها وعدم اعتبارهما بل إنها لتقدرهما حق التقدير وتقرر بصراحة تامة أن طاعة الزوجة لزوجها لا تجب عليها ولا يترتب على عدمها آثار النشوز إلا بعد أن يعد لها مسكناً شرعياً مقطوعاً بشرعيته ثم يدعوها إلى طاعته ومن الدعوة إلى الطاعة تنفيذ حكم الطاعة النهائي فإذا نفذه عليها ولم تمتثل فقد وجبت له الطاعة وحق عليها الحرمان من النفقة جزاء لها على نشوزها وعصيانها وهذا أيضا هو مقتضى نصوص الفقهاء وهي تتمشى تماماً مع عرف الناس وعاداتهم !

ومن حيث أنه ثابت من الأوراق المقدمة من الطرفين أن حكم الطاعة الصادر للمدعي على المدعى عليها قد تأيد استئنافياً في ١٩٣٨/١٠/٣ ونفذه عليه في ١٣/ ١٠/ ١٩٣٨فلم يجدها لسفرها إلى جهة غير القاهرة وأنها لما حضرت ذهبت إلى القسم يوم ١٩٣٨/١٠/١٥ وأفهمت رجال الإدارة أنها مستعدة للطاعة وأخطر المدعي بذلك فأجابه بأنه سينفذ الحكم مرة أخرى فتكون المدعى عليها قامت بالواجب عليها ويكون نشوزها منتفياً في المدة من تاريخ حكم الطاعة الابتدائي إلى تاريخ تأييده استئنافياً إلى تاريخ تنفيذه ١٩٣٨/١٠/١٥ تاريخ حضورها للقسم وعرضها نفسها عليه ليمكنها من دخول مسكن الطاعة وعدم قبوله ذلك كما يفهم من إجابته السابقة .

ومن حيث أنه فضلاً عن كل ما سبق فإن الوضع الأخير الذي وضع المدعي فيه دعواه بطلب أمرها بالكف عن مطالبته بمبلغ ٢٠ جنيهاً مما تجمد في المدة من تاريخ حكم الطاعة الابتدائي إلى ١٩٣٨/١٠/١٥ وضع غير مفهوم فإنه يجب أن يبين المدة التي تجمد فيها هذا المبلغ لدى إن كانت مستحقة لها فيها أو أنها غير مستحقة وزيادة على ذلك فإنها قبضت كل ما تستحقه عن هذه المدة كما يدل بذلك الفقرة الرابعة من مذكرة المدعي نفسه المؤرخة ١٩٣٩/١/١٤ وإن كانت غير صريحة فإنها مع ضميها إلى المستند رقم ٦ من حافظة المدعى عليها المؤرخة ١٩٣٨/١٢/١٥ والمستند رقم ٥

من حافظة المدعى عليها المؤرخة فى ١٩٣٩/٢/٨ كان مجموع ذلك دليلاً على قبضها كل ما تستحقه عن هذه المدة وزيادة فطلب أمرها بالكف عن مبلغ وصل إلى يدها طلب غير مفهوم إذ طلب الكف إنما يكون عن المبالغ غير المقبوضة أما هنا فلا معنى لهذا الطلب بالنسبة لها وقد قرر وكيلها بالجلسة أنه ليس لها قبل المدعى فى هذه المدة شيء .

ومن حيث أن المدعى عليها قد طلبت تقدير أتعاب لها .

لهــــذا

قررنا رفض الدعوى وألزمنا المدعى بمصاريف الدعوى ومائة قرش أتعابه محاماة حضورياً .

الحكـــــم الثامن

المبدأ

البحث – طلب الزوج انتقال زوجته من بلدها وبلد أهلها وعشيرتها إلى بلد آخر .

للقاضى أن يتصرف برأيه فى طلب الزوج طاعة زوجته له فى بلد آخر غير بلدها الذى عقد عليها فيه والذى هو مقر عشيرتها فإن رأى فيه ما يرجح قصد المعاشرة الصحيحة أجابه إلى طلب الطاعة وإلا فلا ..

بالجلسة الجزئية المنعقدة علناً بمحكمة بنى سويف الشرعية فى يوم الأربعاء ذى الحجة سنة ١٣٥٣ (١٢ مارس سنة ١٩٣٥) لدى أنا مجاهد الدولتلى القاضى بها وبحضور الشيخ عبد الجواد عثمان كاتب الجلسة (صدر الحكم الآتى) فى القضية الجزئية رقم ٧٩٨ سنة ٣٤-٣٥ المرفوعة من عبد الله حجازى عبد الله من ببا ضد عطية الشهيرة بآسيا معبد وهيدى من بنى سويف بطلب طاعة .

الوقائع

ادعى أنه زوج المدعى عليها وأوفاها عاجل صداقها وهيأ لهـا مسكناً شرعياً ببندر بيا وطلـب الحكم لـه عليها بالطاعـة فيـه للأسباب التى ذكرها بدعواه ووكيلها دفع الدعوى بعدم أمانة المدعى على موكلته وأن مقصـده من نقلها إلى بيا الكيد لهـا والاضـرار بها وقـال إنـه سبق أن طلبها للطاعـة فـى مسكن بناحية سنورس فى القضيـة رقم ٢٤٧ سنة ٣٤-٣٥ من قضايا هذه المحكمة وتقرر رفض دعواه لثبوت عدم أمانته عليها وتقرر ضم القضية المذكورة إلى القضية وضمت إليها وناقشت المحكمة الطرفين بما هو مدون بمحضر القضية وتلا المدعى مذكرة بأقواله .

المحكمة

للفقهاء أقوال كثيرة فيما إذا طلب الزج السفر بزوجتـه إلـى بلد آخر وقد أوفاها حال مهرها وتأبى هى الخروج معـه . فقيل للزوج أن ينقلها إلـى حيث شاء وقيل لا يسافر بها إلى بلد غير بلدها وقيل إن كان مأموناً سافر وإلا فلا . وقيل يجوز نقلها إلى القرى القريبة من بلدها لعدم تحقق الغر.

نقل صاحب أنفع الوسائل فى كتابه فى هذه المسألة نقولاً كثيرة إلـى أن قـال (والذى ينبغى أن ينظر إليه وطن المرأة الذى فيـه عشيرتها وقومها فـإن كـان تزوجها فيه بين قومها وإن كانت فى مصر ليس فيه عشيرتها وقد تزوجها فيه وأصلها من مصر آخر ينبغـى ألا يحكم لها بالمنع وأيضـاً ينبغى للحاكم أن يستكشف عن حقيقة الحال وينظر فى طلب الزوج السفر بأهله فإن كان طلب مضارة لأجل أن تهبه شيئاً من المهر أو تترك الكسـوة أو لأمر جرى بينهما من خصومة ونحوها فلا يجيبه إلى ذلك وخصوصاً إذا لم يكن مأمونـاً عليها ويحكم لها بالمنع)

وبما أنه واضح من أقوال الخصوم وأوراق القضية أن المدعى عليهـا من بني سويف وتزوجت بـالمدعى فيها ولها عشيرة وأهل وأن الخصومة بينهما جادة .

وبما أننا نرى لاستجلاء أغـراض المدعـى مـن دعـوى الطاعـة وهـل يريـد مـن طلبـه الانتقـال معـه إلـى بيـا تحقـق روابـط الزوجيـن الصحيحـة والمعاشرة المشروعة – نرى لكل ذلك أن نستعرض كتابه إلى المدعى عليها الذي قدمه وكيلها في القضية المضمومة في بعـض فقراتـه فقد جـاء فـي هـذا الخطاب ما يأتي : لما حضر (جمال) (ابنهـا) نظرا لعدم ميلـي لـك ولأولادك فقد أرسلت لك الولد بسرعة ولا تتصـوري أن منزلتك الأولـى تكـون عنـدى بالعكس ولو كان لك منزلة عندى لما مكثت طول هذه المدة مـن غيرك وقـال في مكان آخر من الخطاب (وإن كنت رافعـة محـام واحـد ولكنـى أنـا موكـل ثلاثة محامين وأنا رابعهم وإن شاء الله سأتعبك جداً وستنظري النجوم في عز الظهر) . وقال في موضع آخر إني بغضتـك (كـل البغـض) ويقـول فـي فقـرة أخرى (لاتفكـري بـأن أعملـك حرمتـي مطلقـاً ونحـن الاثنـان أمـام بعضٍ فـي المحاكم) ويقول أيضاً(لا تفكري إني سأجعلك زوجة لي مهما كان الزمـن ولـو قالوا لي بأن النسوان خلصت مـن الدنيـا لأنـي اشـتبكت بغيرك مـن سنورس وهـذه لا تجعلنـي أفكـر فيـك ولا فـي أولادك وشـخصية غنيـة ومبسـوطة ليهـا خمسة عشر فداناً وستدفع لي نقوداً قدرها خمسون جنيهاً لخلاصك مني وهـذه من أحسن عائلة بسنورس ولها رجال من أعيـان البلد وإن شـاء اللـه سـتكون عاقبتك وخيمة) . إلى غير ذلك من ألفاظ الكيد والسباب التي تشف عن غيـظ بالغ وحقد كمين .

وبما أن هذه المحكمة تلمس من هذا الخطاب مـا يقصـده المدعـى مـن طلب الطاعة من الكيد للمدعى عليهـا والانتقام منهـا ونـرى مـن المهـازل أن تلزم على طاعته تحت سقف واحد ونفسـه ثـائرة تلك الثـورة التـي قـد تقضـي

على روابط الزوجية خصوصاً والنزاع بينهما مستحكم والخصومة على قدم وساق .

وبما أنه تبين من أقوال المدعى أنـه كـان يقيم بناحيـة بيـا فـى الوقت الـذى كـان يطلبهـا فيـه بالطاعـه فـى ناحيـة سنورس فـى القضيـة المضمومـة وظاهر من ذلك أن قصده الانتقال بها إلى أية ناحية للانتقـام والكيد لا لتحقق روابط الزوجية والمعاشرة المشروعة .

وبما أننا نرى أن المدعى في هذه الحالة لايكون مأموناً على المدعـى عليها ويجب ألا يمكن من أغراضه هذه وليس لما ذكره من أنه كتب الخطـاب المذكور للتأثير على المدعى عليها وحملها إلى الذهاب معه إلى سنروس قيمة بعد أن تبين أنه كان يقيم بناحية بيا فى هذا الوقت.

لهذا قررنا قبول ورفض الدعوى حضورياً

المبحث الثانى

قضايا استئنافية لأحكام جزئية

الحكم الأول :

متى عاد طالب العلم إلى المدرسة استمر فرض نفقته خصوصاً وهو لا يزال مشتغلاً بطلب العلم .

بالجلسة المنعقدة علناً بمحكمة مصر الابتدائية الشرعية فى يوم الاثنين ١٠ رمضان سنة ١٣٥٣ (٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٤) برئاسة حضرة صاحب الفضيلة الشيخ محمد ناجى وعضوية حضرتى الفاضلين الشيخ حامد مطاوع والشيخ محمد خالد داوود من قضاتها وبحضور الشيخ عبد الجواد محمد كاتب الجلسة .

صدر الحكم الآتى

فى القضية رقم ٩ سنة ١٩٣٤ - ١٩٣٥ المرفوعة من محمد أنيس عبد القادر .

ضد

عباس عبد القادر

استئنافاً لحكم محكمة الضواحى الشرعية الصادر بتاريخ ١٧ اكتوبر سنة ١٩٢ فى القضية رقم ١٣٩٤ سنة ١٩٣٣ - ١٩٣٤ القاضى بإبطال نفقة أقارب المقدم فى ٣٠ اكتوبر سنة ١٩٣٤ والمقيد فى أول نوفمبر سنة ١٩٣٤

الوقائع

طلب المستأنف ضده أمام محكمة أول درجة الحكم له على أخيه المستأنف بإبطال ما هو مقرر له عليه بحكم محكمة الأزبكية الشرعية بتاريخ ٣١ مارس سنة ١٩٣٢ فى القضية رقم ١٨٠١ سنة ١٩٣١-١٩٣٢ للأسباب

اشتغاله بطلب العلم وقد زال هذا السبب بفصله من المدرسة فأصبح قادراً على الكسب – ووكيل المدعى عليه صادق على الأخوة والفرض وأنكر ما عدا ذلك فقدم وكيل المدعى صورة من محاضر القضية المذكورة وتحرت المحكمة من المدرسة التوفيقية الثانوية فتبين أن المدعى عليها كان طالباً بها بالسنة الخامسة وفصل منها فى ٣٠ يناير سنة ١٩٣٤ لاشتغاله بالأعمال السياسية فحكم للمدعى على المدعى عليه بإبطال الفرض المذكور حضورياً

فاستأنفه المحكوم عليه وطلب قبول الاستئناف شكلاً وفى الموضوع إلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى لأنه أعيد إلى المدرسة بعد فصله منها وهو الآن فيها وقدم خطاباً من هذه المدرسة إلى ولى أمره بالتنبيه عليه بالحضور إليها لاستئناف دراسته إذا وافقت وزارة المعارف على إعادة قيده بحالته التى كان مقيداً بها قبل فصله وللأسباب الواردة بمذكرة وكيله بجلسة اليوم .

ووكيل المستأنف عليه قال أن عودة المستأنف إلى المدرسة الآن لا تطعن فى صحة الحكم المستأنف وطلب تأييده لصحته وصحة أسبابه .

المحكمة

بعد الاطلاع على أوراق القضية وسماع أقوال الطرفين والمداولة فى ذلك قانوناً صدر ما يأتى :

من حيث أن الاستئناف قدم وقيد فى ميعاده .

ومن حيث أن الحكم المستأنف فى الموضوع ومما يجوز استئنافه .

ومن حيث أن الحكم المستأنف بنى على أن المفروض له النفقة قد فصل من مدرسته وبذلك زال السبب الذى من أجله فرضت له النفقة على أخيه وهو انقطاعه لطلب العلم .

ومن حيث أن المستأنف قد عاد إلى مدرسته فلا وجه لإبطال فرض نفقته لبقاء السبب الذى من أجله فرضت النفقة على أن فصل الطالب من مدرسته لسبب قهرى لا يمنعه من الاشتغال بالعلم والتقدم للحصول على الشهادة الدراسية من الخارج خصوصاً من كان بالسنة الخامسة الثانوية كالمستأنف ولم يقدم المستأنف ضده أى دليل على ترك المستأنف الاشتغال بالعلم داخل المدرسة وخارجها وإذن يكون الحكم المستأنف غير صحيح ويتعين إلغاؤه ورفض الدعوى .

لهذا

. قررنا قبول الاستئناف شكلاً وفى الموضوع نقض الحكم المستأنف ورفض الدعوى حضورياً .

الحكـــــم الأول

الكفالة

هل تتوقف صحتها على قبول المكفول له

المبدأ

١- الكفالة بالنفس أو بالمال لا تصح إلا بقبول المكفول له فى المجلس أو يقبل عنه فضولى ثم يجيز ذلك إذا بلغه فتصح وهذا عند أبى حنيفة ومحمد ، وعند أبى يوسف فى قوله الآخر لا تحتاج إلى قبول لا من المكفول له ولا من الفضولى.

٢- يعتبر وكيل الزوجة فى إجراء عقد الزواج فضولياً فى قبول الكفالة عن الزوجة وصحة الكفالة فى هذه الحالة محل إجماع بين الإمام وصاحبيه .

وعلم الزوجه بهذه الكفالة بعد العقد وعدم ردها ومطالبتها بالمكفولـه به النيل اجازة لتلك الكفالة .

بالجلسة المنعقدة علنا بمحكمة أسيوط الابتدائية الشرعية فى يوم الأحد ١٤رجب سنة ١٣٥١ (١٣نوفمبر سنة ١٩٣٢) برياسة حضرة صاحب الفضيلة الشيخ محمد الجداوى نائبها وعضوية حضرتى الفاضلين الشيخ على محمود والشيخ مجاهد الدولتلى من قضاتها .

وبحضور الشيخ محمد فرحات رضوان كاتب الجلسة .

صدر الحكم الآتى

فى القضية رقم ٤٣٧ سنة ١٩٣١-سنة ١٩٣٢ ..

المرفوعة من مصطفى إسماعيل أحمد - ضد - حميدة زيان محمد استئنافاً للحكم الصادر بمحكمة ملوى الشرعية بتاريخ ٢١سبتمبر سنة ١٩٣٢فى القضية رقم ١٥٤٣ سنة ١٩٣١ - سنة ١٩٣٢ بتسعين جنيهاً مصرياً مؤخر صداق .

الوقائع

رفعت المستأنف عليها أمام محكمة ملوى الشرعية القضائية رقم ١٥٤٣ سنة ١٩٣١ - سنة ١٩٣٢ وطلبت فيها الحكم لها على المستأنف بأن يؤدى لها مبلغا قدره تسعون جنيهاً مصرياً مثل دين آجل صداقها بذمة زوجها المتوفى محمد أحمد إسماعيل بصفته كفيلاً لها فى مؤخر صداقها المذكور فى جميع أمور الزوجية مع إلزامه بالمصاريف كما ذكرته بالدعوى .

ووكيل المدعى عليه دفع الدعوى قبل الجواب عنها بعدم سماعها لعدم إستيفائها الشرائط الشرعية وذلك لأن الكفالة غير صحيحة حيث لم يحصل فيها قبول من المكفول له بمجلس العقد وأصر على ذلك فاعتبر منكراً وبعد أن كلفت المدعية الإثبات وقدم وكيلها وثيقة الزواج الرسمية المثبتة للكفالة ولمؤجل الصداق المذكور حكمت المحكمة أول درجة بتاريخ ٢١سبتمبر سنة

١٣٩٢ للمدعية على المدعى عليه تنى أن للمكفول له مطالبة الصداق المذكور بصفته كفيلاً ، وبنت حكمها على أن المكفول له مطالبة الأصيل أو الكفيل للأسباب المذكورة بالحكم فاستأنفه المدعى عليه وطلب قبول استئنافه شكلاً وفى الموضوع إلغاء الحكم المستأنف ، ورفض الدعوى لما هو مذكور فى عريضة ويتلخص فى أن الدعوى التى بنى عليها الحكم غير صحيحة لعدم أستيفائها الشرائط الشرعية وأن الحكم لم يبن على سبب صحيح لعدم كفاية الإثبات المقدم .

ووكيل المستأنف عليها طلب تأييد الحكم المستأنف لصحة أسبابه بعد أن رد على دعوى المستأنف بمذكرة ترافع بمضمونها بالجلسة ، وقد حضر المستأنف بنفسه فى الجلسة وقرر أن الزوج توفى .

المحكمة

من حيث أن الأستئناف قد قدم وقيد فى ميعاده القانونى ومن حيث أن الحكم المستأنف فى الموضوع ومما يجوز استئنافه وهو صحيح فى ذاته لأن الإمام وصاحبيه وإن اختلفوا فى القبول ، هل هو ركن فى الكفالة ، أم لا فقال الإمام ومحمد هو ركن ولا تصح الكفالة إلا بالقبول فى المجلس وقال أبو يوسف أخيراً أن القبول ليس ركناً والكفالة بالإيجاب وحدة صحيحة ، فقد اختلف النقل فيما هو المفتى به .

فقد جاء فى أنفع الوسائل بعد ذكر أقوالاً فى هذا (قلت فتحرر لنا من هذا أن الكفالة بالنفس أو بالمال ، لا تصح إلا بقبول المكفول له فى المجلس أو يقبل عنه فضولى ثم يجيز ذلك إذا بلغه فتصح ، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف فى قوله الآخر لا يحتج إلى قبول من المكفول له ولا من الفضولى (الفتوى على أقوالهما) وجاء فى الفتاوى الأنقروية ما نصه :

(إذا كان المكفول له غائباً فهى باطلة خلافاً للثانى وأجمعوا على أنه لو أخبر عن الكفالة حال غيبته يجوز ولو كان المكفول عنه غائباً فكفل وأجاز الطالب

وهو حاضر جاز وإن قبل عن الغائب فى المجلس قابل توقف وإن لم يقبل عنه قابل بطل عندهما ، وفى بعض الكتب أن الفتوى على قول الثانى).

وقال فى هامشها عند قوله ، فهى باطلة خلافاً للثانى هذا إذا لم يقبل عن الغائب فى المجلس رجل ، فإن قبل أو خاطب الفضولى عن الطالب بأن قال تضمن لفلان أو أضمن لفلان فقال قد فعلت يتوقف على إجازة الغائب ، وللكفيل أن يخرج عن الكفالة قبل إجازة الغائب كذا فى الخلاصة .

وجاء بحاشية ابن عابدين فى الكفالة عند قول المتن وركنها الإيجاب والقبول بعد ذكر الخلاف المتقدم ما نصه :

(وفي الدرر والبزازية وبقول الثاني يفتى ، وفي أنفع الوسائل وغيره الفتوى على قولهما) .

وبذلك لا يكون القبول في الكفالة على قول أبي يوسف ركناً وتصح الكفالة بدونه وقد نقل أن عليه الفتوى في بعض الكتب كما توضح ولا تكون الكفالة على فرض عدم وجوده باطلة .

ومن حيث أنه تبين من صورة وثيقة الزواج المتقدمة أنه قد ذكر بها أن وكيل الزوج قد كفل الزوج في مؤخر الصداق وفي جميع أمور الزوجية وأن هذه الكفالة قبلت بمجلس العقد .

ومن حيث أنه على فرض تسليم أن وكيل الزوجة ليس وكيلاً عنها في قبول الكفالة فى أقل من أن يكون فضولياً وقد قبل الكفالة في المجلس وفي هذه الحالة أجمع الإمام وصاحباه على صحة الكفالة وتكون عند الإمام ومحمد متوقفة على إجازة المكفول له وليس عدم إجازة الزوجة لهذه الكفالة محل نزاع على أن علمها بهذه الكفالة ومعاشرتها لزوجها المدة الطويلة وطلبها مؤخر الصداق المذكور من الكفيل كل ذلك قرائن على أنها أجازت هذه الكفالة

ومن حيث أن هذه الكفالة بناء على ذلك تكون صحيحة على جميع وجوهها ويترتب عليها حكمها .

ومن حيث أنه ثبت أمام هذه الهيئة وفاة الزوج وهو الأصيل ويكون مؤخر الصداق قد حل بموته وللزوجة أن تطالب الكفيل به .

لهـــذا

قررنا قبول الاستئناف شكلا ورفضه موضوعا وتأييد الحكم المستأنف حضوريا .

الحكـــم الثالث

التطليق للأعسار

نصت المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على ما يأتي

(إذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله وأن لم يكن له مال ظاهر ولم يقل أنه معسر أو موسراً ولكن أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال وأن ادعى العجز فإن لم يثبته طلق عليه حالاً وإن أثبته أمهله مدة لا تزيد على شهر فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك) .

ومقتضى هذه المادة في بعض مشتملاتها أن الزوج المعسر يعذر به القاضي ويضرب له أجلا فإن لم ينفق بعده على زوجته وطلبت الطلاق يطلقها القاضي .

فإذا طلبت الزوجة طلاقها من زوجها لأعساره وأثبتت دعواها وأعذر إلى الزوج وضرب له الأجل ولم ينفق وقررت المحكمة التطليق للإعسار ثم استأنف الزوج هذا الحكم واستعد للمنفعة أمام محكمة الاستئناف وعرض عليها النفقة الواجبة وأبت الزوجة قبولها فهل يجاب الزوج إلى إلغاء الحكم المستأنف ورفض دعوى التطليق .

أم لا يلتفت إلى هذا العرض لفوات أوانه ويؤيد الحكم المستأنف بالتطليق ويرفض الاستئناف .

هذان رأيان صدرت بكل منهما أحكام استئنافية .

وترون ذلك في الحكمين الآتيين .

الحكـم الأول :

بالجلسة المنعقدة علناً بمحكمة مصر الإبتدائية الشرعية في يوم الخميس ٢٧ صفر سنة ١٣٤٤ (٣٠ مايو سنة ١٩٣٦) برياسة صاحب الفضيلة الشيخ محمد إبراهيم سالم وعضوية حضرتي الفاضلين الشيخ عبد الفتاح القاضي والشيخ محمود أبو بكر من قضاتها وبحضور الشيخ رضوان الشافعي كاتب الجلسة .

صدر الحكم الآتي :

في القضية رقم ١٢٥٥ سنة ١٩٣٤ - ١٩٣٥ المرفوعة من حسن أحمد على ضد فاطمة محمد أحمد .

استئناف لحكم محكمة الجمالية الشرعية في ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٤ - ١٩٣٥ بطلاق ورفضت المعارضة في ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ وقدم الاستئناف في ٦ مارس سنة ١٩٣٥ وقيد في ٧ منه .

الوقائع :

طلبت المستأنف عليها أمام محكمة أول درجة الحكم لها على المستأنف زوجها بطلاقها منه للإعسار وأثبتت دعواها بالوثيقة والبينة وبجلسة ١٣ ديسمبر ١٩٣٤ طلقت فاطمة محمد أحمد المذكورة من زوجها حسن أحمد علي غيابياً للأسباب التي منها أن المدعى عليه بعد أن أعذر إليه بالإنفاق عليها وضرب له بذلك أجل لم ينفق وعارض في هذا الحكم ورفضت المعارضة في ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ فاستأنف هذا الحكم وطلب قبول

الاستئناف شكلاً وفي الموضوع إلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى للأسباب التي ذكرها وطلبت المستأنفة تأييد الحكم المستأنف ورفض الاستئناف وذلك بعد أن قدم المستأنف مائة قرش النفقة الحاضرة ورفض وكيلها قبولها .

المحكمة :

بعد الإطلاع على الأوراق والمرافعة والمداولة تقرر ما يأتي :

من حيث أن الاستئناف قدم وقيد في الميعاد .

ومن حيث أن المدعى عليه عرض في الجلسة على وكيل المدعية مائة قرش نفقتها الحاضرة ورفض وكيلها ذلك وصمم على طلب التأييد .

ومن حيث أنه بعد أن أظهر المدعى عليه استعداده للإنفاق عليها وقدم لها فعلاً النفقة الحاضرة لا يكون للمدعية حق في دعواها هذه ويتعين رفضها وإلغاء الحكم الصادر فيها .

لهــــذا :

قررنا قبول الاستئناف شكلاً وفي الموضوع إلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى حضورياً .

ومن حيث أنهما بعد تقرير عجزهما عن الإثبات في القضية الأولى لا يكون هناك وجه لسماع إثبات متهما بعد ذلك ويكون الحكم المبني عليه غير صحيح .

لهــذا

قررنا قبول الطعن وإلغاء الحكم المطعون فيه .

الحكـــم الثاني

المبدأ

المنصـوص عليـه شرعاً أن الولـد يتبـع الولدين دينـاً ولا يحتـاج بعـد البلوغ إلى تجديد إسلامه وعلى هذا فلا يرث من أسلمت أمـه صغير لـم يبلـغ من أخيه غير المسلم بحكم تبعيته لأمه .

بجلسـة المحكمـة العليـا الشـرعية المنعقدة علناً فـي يـوم الثلاثـاء ١٦ رمضان سنة ١٣٥٧ (٨ نوفمبر سنة ١٩٣٨) برياسة حضرة الفضيلة الشيخ فتح الله سليمان رئيس المحكمة وعضوية حضرتـي صـاحبي الفضيلـة الشـيخ محد المغربي والشيخ محمد عاشور الصدفي مـن أعضائهـا وبحضـور الشـيخ عبد السلام عبد الخالق كاتب الجلسة .

صدر ما يأتي

في قضية الاستئناف رقم ١٢٩ سنة ١٩٣٧ – سنة ١٩٣٨ المرفوعـة عن عزمي أفندي عوض داود ضـد جرجس أفندي عبـد الملك جريـس فـي الحكم الصادر من محكمة المنصورة الإبتدائية الشرعية بتاريخ ١٧ مايو سـنة ١٩٣٨ في القضية الكلية رقم ٦ سنة ٨٧ – سنة ١٩٣٨ بوفاة وور اثة .

الوقائع

تضمنت دعوى المستأنف عليه على المستأنف وآخريـن أمـام محكمـة المنصـورة الشرعية أن أخاه لأمه وهبة بن عوض بن داود توفي بناحية نوسـا البحر مركز أجا ودفن بمقبرة الأقباط الأرثوذكس بالمنصورة في سـنة ١٩٣٥ وانحصر ميراثه الشرعي في زوجته ايلين باسيلي صليب وفي أخويه الشقيقين عزمي وتادرس ولدي عوض داود وفي أخيه لأمـه المدعـى فقط وحـدد عينـاً بدعواها وقال إن المدعى عليهم واضعون أيديهم عليها وممتنعون من تسـليمه نصيبه فيها بغير حق .

وطلب الحكم له عليهم بوفاة المتوفى المذكور وأنه من ورثته بصفته أخاه لأمه يستحق سدس تركته وأمرهم بأن يسلموه نصيبه في المحدود المذكور وقال إن أمه وأم المتوفية واحدة هي حنونة بنت حنين ووكيل المستأنف أنكر الدعوى وقال إنها كيدية ومصطنعة وقدم أوراقاً للاستدلال بها على أن الدعوى ملفقة ولم يحضر باقي المدعى عليهم ولا من ينوب عنهم والمحكمة الإبتدائية بتاريخ ١٧ مايو سنة ١٩٣٨ حكمت بوفاة وهبة عوض داود وأن المدعي من ورثته بصفته أخاً له من أمه ويستحق سدس تركته حضورياً بالنسبة للمستأنف وألزمت المدعى عليهم بمصاريف الدعوى ومائة قرش أتعاب محاماة وقالت في أسباب حكمها إن المدعى عليه الأول (المستأنف) أجاب عن الدعوى بما سبق بيانه والمدعي أثبت الوفاة والوراثة بالبينة الشرعية .

فاستأنف عزمي عوض هذا الحكم طالباً إلغاءه لعدم صحته ورفض الدعوى لأن من تدعي حنونة بنت حنين موسى التي أسلمت واشتهرت أخيراً باسم صفية المهدية لم تتزوج بغير والد المستأنف وهو عوض أفندي داود ولم تتزوج بمن يزعم المستأنف عليه أنه والده وأنها بعد إسلامها بيلامي أحمد شريف وثبت ذلك بوثيقة زواجها وأن المستأنف عليه قدم بحافظته المؤرخة ٨ مارس سنة ١٩٣٨ شهادة ميلاده الدالة على أنه من مواليد ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٦ وقدم للمستأنف إشهاد إسلام حنونة المذكورة بتاريخ ١١ أكتوبر سنة ١٩٠٦ وبذلك يكون سن المستأنف عليه وقت إسلام من زعم أنها أمه أقل من عشر سنوات فيكون قاصراً ويكون بذلك مسلماً تبعاً لأمه إذ أن الولد يتبع خير الأبوين ديناً والمتوفى توفي وهو مسيحي بإتفاق الخصوم فلا يكون المستأنف عليه وارثاً فيه لاختلاف الدين إلى آخر ما جاء بورقة الاستئناف والمذكرة الملحقة بها – وطلب وكيل المستأنف لأن الإثبات المقدم كاف في إثبات الدعوى وحديث الزواج وما يتعلق به إنما يكون في دعوى زواج يطلب فيها

الإرث بسبب الزواج ومسألة التبعية في الدين تنقطع بمجرد البلوغ وما جاء بإشهاد الإسلام ليس على المستأنف عليه إلى آخر ما جاء بالمحضر .

المحكمة

بعد الإطلاع على أوراق القضية وسماع المرافعة والمداولة في ذلك قانوناً من حيث أن الاستئناف قدم وقيد في الميعاد القانوني والحكم في الموضوع ومما يجوز استئنافه .

ومن حيث أنه يتبين من أقوال المستأنف عليه (المدعي والأوراق المودعة بملف القضية أن والدته أسلمت بتاريخ ١١ سبتمبر سنة ١٩٠٦ وأن سنه كان وقت إسلامها أقل من عشر سنوات يدل على ذلك إشهاد الإسلام وورقة ميلاد المدعى .

ومن حيث أن المنصوص عليه شرعاً أن الولد يتبع خير الأبوين ديناً متى كان متغيراً لم يبلغ ويبقى على إسلامه إلى البلوغ إلى تجديد إسلامه وإن المرتد لا يرث أحداً مطلقاً وبذا لا يكون للمدعي حق في طلب الميراث من أخيه المسلم ويكون الحكم المستأنف غير صحيح .

لهـذا

قررنا قبول الاستئناف شكلاً وفي الموضوع رفض الدفع بأن الدعوى غير مسموعة لعدم تقديم المسوغ وإلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى .

المبحث الثالث

صور من إشهادات الزواج والطلاق

والوفاة والوراثة

١- إشهادات الزواج

قبل أن يباشر المأذون المختص عقد الزواج يجب عليه مراعاة ما يأتي :

أولاً : التحقق من خلو الزوجين من الموانع الشرعية والنظامية بأخذ الأقارير والتحريات والإطلاع على المستندات وإثبات ذلك .

ثانياً : التحقق من بلوغ كل من الزوجين السن القانونية للزوج ١٨ سنة وللزوجة ١٦ سنة إما بتحرية أو وثوقه وتحت مسؤوليته والتحري إما بشهادة الشهود أو شهادة الميلاد أو طبيب عند عدم وجودها .

ثالثاً : تقديم إشهاد الطلاق أو مستخرج الوفاة في زواج المطلقة أو المتوفى عنها زوجها وإثبات مضمون ذلك في العقد مع التقرير بإنقضاء العدّة مع ملاحظة القواعد الفقهية في إنقضائها .

٢- نموذج من عقد الزواج

إنه في يوم كذا ويذكر اليوم والتاريخ العربي الموافق كذا يذكر التاريخ الإفرنجي الساعة كذا ، ويبين منزل الزوجة بناحية كذا أو بمكتبه الكائن بناحية كذا لدى أنا فلان مأذون ناحية كذا التابعة لمحكمة كذا الشرعية حضر لدى الرجل الرشيد ويعرف الذي باشر العقد بنفسه وحضرت فلانة وتعرف البكر أو الثيب ثم يبين تاريخ طلاقها أو وفاة زوجها مع الإشارة للأوراق المقدمة في ذلك وذكر إقرارها بانقضاء العدة ، وبعد التحقق من معرفتها شرعاً وخلوهما من الموانع الشرعية والنظامية بشهادة كل من فلان وفلان ويعلافان تعلاقيف التوثيق ومن بلوغ كل منهما السن القانونية بمقتضى

كذا وكذا ويبين سند ذلك تزوج فلان الفلاني بفلانة الفلانية على صداق قدره كذا الحال منه كذا اعترفت هى بقبضه والمؤجل كذا لأقرب الأجلين صدر هذا زواجاً صحيحاً شرعياً بإيجاب من الزوجة وقبول من الزوج بحضور وشهادة من ذكر .

توقيع الزوج توقيع الزوجة توقيع الشهود توقيع المأذون

تعد للمأذونين دفاتر خاصة للزواج مطبوعة مكتوب بها أصول النماذج وعلى المأذون استيفاء تلك النماذج وملؤها .

وعقد الزواج كما يباشره المأذون يباشره القاضي .

٣- نموذج من إشهاد طلاق مجرد

إذا باشر المأذون إشهاد الطلاق فلابد من تقديم ما يلي :

١- وثيقة الزواج .

٢- وثيقة التصادق على الزواج .

وأما إذا باشره القاضي ، فإن حضر الزوجان اكتفى بالتصادق بهما على الزواج ، وإن حضر الزوج فقط فلابد من تقديم ما أوضحناه .

بشهادة كل من فلان وفلان أشهد على نفسه أنه طلق زوجته فلانة الفلانية المدخول بها طلقة أولى رجعية بقوله زوجتي فلانة الفلانية الغائبة عن هذا المجلس طالق مني ، وزواجها ثابت بوثيقة رسمية صادرة في تاريخ كذا نمرة كذا على يد مأذون ناحية كذا وأفهمناه بأنها صارت مطلقة منه طلقة أولى رجعية .

التوقيعات

المشهد الزوج الشاهدان المأذون أو القاضي

٤- نموذج من إشهاد طلاق مع البراءة

بعد الديباجة وكتابة التاريخ والمكان : حضر فلان (ويعرف التعريف الشرعي) ومعه زوجته ومدخولته فلانة (وتعرف كذلك) وبعد تعريفهما شرعاً

بشهادة فلان وفلان (ويعرفان تعريف التوثيق) وتصادق على الزوجية والدخول وقالت الزوجة المذكورة أبرأتك من مؤخر صداقي ونفقة عدتي إلى انقضائها شرعا وأسألك الطلاق نظير ذلك فأجابها الزوج المذكور فور سؤالها أنت طالق على ذلك وعرفا أنه أول طلاق بينهما وقدما وثيقة زواجهما رقم كذا بتاريخ كذا على يد مأذون كذا فأفهمناه بأنها صارت بائنة منه بينونة صغرى لا تحل له إلا بعقد ومهر جديدين صدر ذلك بحضور وشهادة من ذكر .

التوقيعات

المطلق **المطلقة** **الشاهدان** **الموثق**

٥- إشهادات تحقيق الوراثة

قبل أن نصور نموذج إشهاد الوفاة والوراثة لابد أن نذكر تقدمه للإجراءات التي تسبق عملية الإشهاد فيجب :

أولاً : أن يقدم الطلب من ذي شأن كوارث أو وصي أو دائن أو مشتر من غيره أو شريك له إلى المحكمة الجزئية التي بها محل إقامة الورثة أو التركة أو أكثرها قيمة .

ثانياً : يقيد الطلب في دفتر خاص اسمه دفتر قيد الوفاة والوراثة ثم يعمل لهذا الطلب ملف تسوية رسمه وعمل قائمة ومحضر ، وتحدد له جلسة لنظره بعد أن يرسل الطلب لجهات الإدارة للتحري عما جاء به وصوغه في نموذج خاص بذلك .

ثالثاً : في يوم الجلسة إذا ورد الطلب من جهة الإدارة ومعه التحريات فإن كانت مطابقة لما جاء في الطلب أعلنت الورثة البالغ أو نائبو عديمي الأهلية وبعد إعلانهم إذا لم يحضروا يباشر الإشهاد وإذا حضروا وصادقوا على التحريات يباشر أيضاً وإن لم يصادقوا وتبين للمحكمة جدية عدم مصادقتهم رفض طلب الوراثة وإلا فيسار في ضبط الإشهاد .

صورة الإشهاد

بمحكمة كذا في يوم كذا بناء على الطلب المقدم للمحكمة من فلان الفلاني المقيد برقم كذا وراثات المطلوب به تحقيق وفاة فلان الفلاني وانحصار إرثه في ورثته الآتي ذكرهم وبعد الإطلاع على التحريات الإدارية التي عملت طبقاً لنص المادة ٣٥٧ من القانون ٧٨ سنة ١٩٣١ وبعد استيفاء ما نص عليه في المادة ٣٥٩ من القانون المذكور وسماع شهادة كل من فلان وفلان في تاريخه ومطابقة الشهادة للتحريات الإدارية تحقق لدينا نحن فلان قاضي المحكمة وفاة فلان الفلاني بتاريخ كذا وانحصار إرثه في ورثته وهم فلانة زوجته (مثلاً) وأولادها البلغ فلان وفلانة ووليده القاصرين فلانة وفلان بوصاية فلانة أمهما صدر ذلك بحضور وشهادة من ذكر .

التوقيعات

الطالب	**الشهود**	**الكاتب**	**القاضي**

فهرس

صفحة

مـقدمة

الباب الأول : الأحكام العامة للفرقة وانواعها ٩

الفصل الأول : المباديء العامة فى الفرقة ١١

المبحث الأول : خصائص الطلاق ١٢

المطلب الأول : الأصل فى الطلاق الحظر ١٣

المطلب الثانى : الأصل فى الطلاق أنه بيد الزوج ١٧

المطلب الثالث : الأصل فى الطلاق التتابع والتعدد ٢٢

المطلب الأول : فى مشروعية الطلاق ٢٩

المطلب الثانى : الوصف الشرعى للطلاق ٣٢

المبحث الثالث : مصطلحات الفرقة ٣٦

المطلب الأول : فى مصطلحات الفرقة ٣٧

المطلب الثانى : بين الطلاق والفسخ ٤١

الفصل الثانى : الفرقة الإرادية ٤٦

المبحث الأول : ما يقع منه وعليه الطلاق ٤٨

المطلب الأول : من يقع منه الطلاق . ٤٩

المطلب الثانى : من يقع عليها الطلاق ٥٧

المبحث الثانى : ما يقع به الطلاق ٦٠

المطلب الأول : صور إرادة الطلاق ٦١

المطلب الثانى : صيغة الطلاق ٦٦

صفحة

المبحث الثالث : أنواع الطلاق وطرق إثباته ٧٠

المطلب الأول : أنواع الطلاق باعتبار أثره ٧١

المطلب الثانى : ما يثبت به الطلاق . ٨٣

الفصل الثالث : الفرقة الإرادية " بحكم القاضى " ٩٥

المبحث الأول : التفريق لعدم الإنفاق ٩٦

المطلب الأول : الموقف الفقهى ٩٧

المطلب الثانى : الموقف التشريعى ١٠٢

المبحث الثانى : التفريق للعيوب ١٠٦

المطلب الأول : الموقف الفقهى ١٠٧

المطلب الثانى : الموقف التشريعى ١١١

المبحث الثالث : التطليق للإضرار ١١٥

المطلب الأول : التطليق لسوء العشرة
وتعدد الزوجات

المطلب الثانى : التطليق للغيبة وحبس الزوج ١٢٧

الباب الثانى : آثار الفرقة وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب ١٤١

الفصل الأول : فى العدة والنفقة ١٤٢

المبحث الأول : فى العدة ١٤٣

المطلب الأول : فى تعريف العدة وأنواعها ١٤٤

المطلب الثانى : أحكام العدة ١٤٩

المبحث الثانى : فى النفقة ١٥٣

المطلب الأول : نفقة المعتدة ١٥٤

المطلب الثانى : نفقة المتعة ١٥٧

الفصل الثانى : حقوق الأولاد ١٦١

صفحة

المبحث الأول : فى النسب ١٦٢

المطلب الأول : ثبوت النسب بالفراش ١٦٣

المطلب الثانى : الإقرار والبينة ١٦٩

المبحث الثانى : فى الحضانة ١٧١

المطلب الأول : الحاضن وشروطه ١٧٢

المطلب الثانى : أحكام الحضانة ١٧٩

المبحث الثالث : الرضاع ١٨٦

المطلب الأول : مفهوم الرضاع ووجوبه ١٨٧

المطلب الثانى : ثبوت الرضاع واثره ١٩٢

الفصل الثالث : نفقة الأقارب ١٩٨

المبحث الأول : نفقة الأقارب فى الفقه الإسلامى ٢٠٠

المطلب الأول : أدلة وجوب النفقة ٢٠١

المطلب الثانى : القرابة الموجبة للنفقة ٢٠٤

المبحث الثانى : نفقة الأقارب فى القضاء المصرى (مذهب الأحناف) ٢٠٧

المطلب الأول : احكام نفقة الأقارب فى الفقه ٢٠٨

المطلب الثانى : ترتيب الأقارب فى وجوب النفقة ٢١٦

الفصل الرابع : أحكام مختارة من قضاء الأحوال الشخصية ٢٢٢

المبحث الأول : القضايا الجزئية . ٢٢٣

المبحث الثانى : القضايا الإستئنافيه ٢٦٠

المبحث الثالث : صور من إشهادات الزواج والطلاق والوفاة والوراثة ٢٧٢

رمضان وأولاده

للطباعة والتجليد

٧ شارع دكتور عبدالله

يوسف متفرع من

شارع الشهداء

محطة الرمل

ت : ٤٨٤٢٥٢٨